Recht, Leben und Wissenschaft.

Für Gebildete aller Stände.

Von

Carl Friedrich Joseph Götting,

Obergerichts-Anwalt zu Hildesheim.

Erstes Heft.

Zweite Ausgabe.

Hildesheim.

Gerstenbergsche Buchhandlung.

1861.

250 - 9j.

Recht, Leben und Wissenschaft.

Für Gebildete aller Stände.

Von

Carl Friedrich Joseph Götting,

Obergerichts-Anwalt zu Hildesheim.

Erstes Heft.

Zweite Ausgabe.

Hildesheim.

Gerstenbergsche Buchhandlung.

1861.

250 - Jj.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Keine geistreiche Phrasen.

(Statt Vorrede.)

Obige Worte richte ich als Mahnung an alle Schriftsteller der Mit- und Nachwelt: es wird nirgend mehr gesündigt, als in dieser Hinsicht. Und wie kann es auch anders sein? — Die Jugend liest Romane, also dasjenige genre der Lektüre, bei welchem Phrasen-Macherei geradezu Tendenz ist, beide aber, Geist und Realität, fehlen. Wenn die Menschen zu ihren Jahren kommen — Viele kommen dahin aber bekanntlich nie — dann greifen sie wohl zu nützlicherer, ernsterer Lektüre; diese hat dann freilich die Phrasen-Macherei nicht zum Ziele, aber sehr häufig zur überwiegenden Begleitung, wenn nicht gar zum einzigen Resultate. Solche Lektüre aber wirkt wie ein contagium, oder wie der Säuerungs-Prozeß bei der Gährung, d. h. ansteckend.

Ein Buch mit geistreichen Phrasen — und dahin gehören sehr viele der schlechthin geistreich genannten Bücher — liest sich sehr angenehm, und, was noch schlimmer ist, man kommt dabei wirklich leicht zu dem Wahne, man habe durch die Lektüre sehr viel gelernt, seine Kenntnisse oder wenigstens seinen Gesichtskreis bedeutend erweitert. Wo letzteres der Fall ist, da ist das allerdings immer ein großer Gewinn, denn die Meisten sind täppisch, eigensinnig, für den Staat unbrauchbar, und insbeson-

dere schlechte Politiker, bloß weil sie kleinstädtisch und spießbürgerlich sind, und ihre 4 Wände für die Stadt, ihre Stadt aber für die Welt ansehen. — Aber ob jenes (Erweitern des Gesichtskreises) der Fall ist, die Frage beantwortet man sich selbst freilich selten gründlich. Enthält ein Buch Phrasen, so behält man diese sehr leicht, eben weil sie allgemeinen Inhalts sind, und das Gedächtniß mit nicht viel Material beschweren, sondern gleichsam wie ein leerer Rahmen erscheinen, dem das Bild fehlt. Ein Gemeinplatz prägt sich um so leichter ein, weil er sich ganz von selbst versteht. Ein angehender Schriftsteller nun wird und muß sich durch Lektüre bilden, die hängen gebliebenen Gemeinplätze tragen sich in das neue Werk über, und, da sich jetzt leider viele Schriftsteller nur aus der Lektüre und aus ihrem eigenen kleinen Gehirne bilden, ohne eigne Anschauung und Erfahrung, selbst ohne die Tendenz praktischer Anwendbarkeit, geschweige eigner Versuche unmittelbarer Anwendung, so erklärt sich leicht die traurige Erfahrung, die jeder schon oft gemacht haben wird, daß man eine ganze Reihe renommirter Bücher durchstudiren kann, und sich am Ende vorkommt, als ob man eine ganze Bilder-Gallerie durchmustert habe, welche nur mit leeren Rahmen geschmückt ist.

Ein sicheres Criterium für wahre Tüchtigkeit eines Buches ist es, wenn man sich nach der Durchlesung die praktische Anwendung des Gelesenen im Einzelnen, an selbstgebildeten Fällen zu veranschaulichen sucht. Gelingt dies, so ist das Buch lehrreich; gelingt es nicht, so ist das Buch — wenn anders der Leser seine fünf Sinne und gesunden Menschen-Verstand hat — unbrauchbar.

Bei diesem allgemeinsten Resultate können wir jedoch nicht stehen bleiben, weil nicht im Allgemeinen vor schlechter Lektüre sondern gerade vor der so gefährlichen geistreichen Phrasen-Macherei — activ und passiv — gewarnt werden soll. Ein Buch, das plumpe Dummheiten, Unwahrheiten und Inconse-

quenzen enthält, wird von selbst schon seines Eindruckes verfehlen. Bei seiner Lektüre ist bloß die verlorene Zeit zu bedauern, nachtheilige Folgen kann es nicht haben.

Geistreiche Phrasen aber haben den doppelten Nachtheil, daß sie die Litteratur, wie gesagt, epidemisch vergiften und die Köpfe mit Seifenblasen anfüllen. Ein solcher Kopf, weil er doch mit irgend Etwas angefüllt ist, hält sich dann für sehr fähig, tritt mit seinen allgemeinen Theoremen weit sicherer auf, als ein Praktiker, der die Schwierigkeiten der Ausführungen kennt, imponirt daher mehr, wird vorgezogen, und — verpfuscht schließlich Alles.

Unter „Phrasen" nun verstehe ich solche nichtssagende Redensarten, welche die Sache nicht weiter fördern, sei es, daß sie überall keinen vernünftigen Sinn haben, oder daß das Gesagte etwas Triviales, sich von selbst Verstehendes ist. Wird ein Phrase nackt in dieser Gestalt hingestellt, so ekelt sie an, und man erkennt die Lektüre sogleich als ungenießbar.

Ganz anders bei den s. g. geistreichen Phrasen! Diese sind solche, wobei der ganze ästethische Apparat der Sprache, poetische Ausdrücke, philosophisch-klingende Umschreibungen, entferntere Andeutungen, welche nur zwischen den Zeilen lesen lassen, u. dgl. gebraucht werden, um einen Gemeinplatz, oder sonst etwas Nichtssagendes einzukleiden.

Wie trivial z. B. ist der Satz: das Wasser fließt bergunter. Wie ganz anders klingt es, und wie Wenige werden sich der ungeheuren darin liegenden Trivialität bewußt, wenn Jemand schreibt: „Der sinnige Wanderer wird überall in der Natur ein reiches Feld zu Beobachtungen finden, und die Harmonie der ewigen Naturgesetze nie unterbrochen sehen. Wie häufig glaubt man bergunter zu gehen, und doch fließt ein Bächlein am Wege uns entgegen. Bei genauerer Untersuchung aber und durch Anwendung einer Wasser-Waage wird man stets sich überzeugen, daß irgend eine Täuschung zum Grunde liegt und das Wasser

auch hier dem Gesetze der Bewegung der Körper auf einer schiefen Ebene folgt."

Oder: bei der Untersuchung über die zweckmäßige Einrichtung der Gerichts-Bezirke, insbesondere bei collegialischer Einrichtung der Erstinstanz-Gerichte, ist gewiß keine Antwort trivialer, als die: sie dürfen nicht zu groß und nicht zu klein, sondern müssen gerade recht sein.

Geistreich paraphrasirt: „Hier muß die Rücksicht entscheiden, daß man die Gerichts-Sprengel nicht zu groß machen darf, damit die rechtsuchende Partei nicht genöthigt ist, erst stundenweit bis zum Gerichtssitze gehen zu müssen, wo sie oft lieber ihr Recht ganz unvertheidigt aufgibt; daß aber auf der anderen Seite auch nicht zu wenig Seelen einem Gerichte zugetheilt werden, weil dieß die Kosten zu sehr erhöht, und am Ende wieder zu Einzelrichtern führt."

Wie groß muß denn danach nun ein Gerichtssprengel sein?*)

Es ist gewiß eine höchst auffallende Erscheinung, daß der für den größten Praktiker geltende, juristische Schriftsteller, Mittermaier, die meisten geistreichen Phrasen hat. Wo derselbe praktisch ist, wie z. B. in seinem Deutschen Privat-Rechte**), da wird er sofort casuistisch, und verliert den höheren wissenschaftlichen Standpunkt, die klare Darstellung des, eine gewisse Lehre beherrschenden Princips gänzlich. Auch hier vertreten Phrasen dieß, aus der historischen Entwickelung zu deducirende Princip. Z. B. bei der Erläuterung der Frohnen: „Dienste, welche vermöge

---

*) Darauf gibt es freilich keine Antwort nach einer fixen Zahl, wohl aber statistische Nachrichten für dicht- und dünnbevölkerte Gegenden. Die Angabe im Texte ist eine bloße Phrase.

**) Eine höchst treffende Recension dieses Werkes hat geliefert Professor Gaupp in Richter's crit. Jahrb. B. XI.

einer Pflicht des öffentlichen Rechtes (?!) oder durch Gemeinde-Nexus auferlegt waren, unterschieden sich ursprünglich von Privatfrohnen und dem Dienste der Hörigen. Verfall öffentlicher Verhältnisse, Anmaßung und Ausdehnung der Hörigkeit bewirkte im Mittelalter Zusammenwerfung und Vermehrung der Dienste, vorzüglich da der Landesherr oft auch der Gutsherr war, auch die Vogteien erblich wurden."

Oder bei den Regalien:

„In den deutschen Staaten kamen allmälig gewisse nutzbare Rechte (?) durch die Art, wie gewisse Verhältnisse benutzt wurden (??), in den Besitz der Staatsgewalt, ohne nothwendig Ausflüsse derselben zu sein." (Folgen 7 Stück ganz heterogener Veranlassungs-Gründe.) — „Jemehr die gemeine Freiheit unterging (?), desto eher (?) konnte man mit dem ohnehin schon vieldeutigen Worte „Regalien" alle Rechte des Landesherrn, wodurch Eigenthums-, Gebrauchs- und Occupations-Rechte der Unterthanen beschränkt wurden, bezeichnen."

Was soll man aus diesen, nicht näher erläuterten Sätzen machen, wenn man nicht selbst schon in die Einzelheiten einer Lehre und deren Entstehungs-Geschichte vollkommen eingeweiht ist? Man merkt, daß eine ungeheure Gelehrsamkeit dahinter steckt, und wird nicht zu dem Baume der Erkenntniß gelassen. Folgen für die eigne praktische Weiterbildung des Lesers haben dergleichen Phrasen gar nicht.

Daß dieselben gerade bei Mittermaier besonders auffallen, hat freilich auch einen formalen Grund. Je mehr Jemand schriftstellert, desto leichter bildet sich bei ihm eine gewisse Manier und eine große Sorglosigkeit hinsichtlich des Styles und der Gedanken-Verbindung aus. Ebenso fällt ein Schriftsteller, der sehr viel und rasch schreibt, leicht in den Fehler, einerseits zu viel bei dem Leser vorauszusetzen, andrerseits demselben auch das Selbstverständlichste auseinanderzusetzen und ihm gleichsam das Selbst-

denken unmöglich zu machen. Mittermaier, leicht erklärlich durch seine ungemeine schriftstellerische Fruchtbarkeit, verwendet auf die Darstellungsweise überall keine Zeit und Mühe und knüpft unbedenklich die verschiedenartigsten Gründe und Verhältnisse durch ein „Auch entscheidet hier die Rücksicht, daß u. s. w." aneinander; die einfachsten Voraussetzungen und Folgerungen kleidet er in ein „je, . . . desto" ein, und dahinein schleichen sich dann gar zu leicht und unbewußt Gemeinplätze, wie gleich S. 2 der Anleitung zur Vertheidigungskunst in zwei unmittelbar auf einander folgenden Beispielen der Fall ist. Dort heißt es:

„Eine Strafproceßgesetzgebung ist um so besser, je mehr sie von dem Principe der Gleichheit der Waffen ausgeht, daher auch die Mittel der Vertheidigung begünstigt u. s. w. Diese Begünstigung der Vertheidigung wird um so wichtiger, je mehr in neuerer Zeit (!) die Ansicht siegt, daß die Strafgesetzgebung auf Gerechtigkeit beruhen muß." (!!)

Sollte diese Ansicht wirklich erst in neuerer Zeit aufgekommen sein? Sollte nicht jedes Volk seine Strafgesetzgebung für gerecht halten? — Gewiß! Der Grund der wechselnden und in neuerer Zeit in Europa sich mildernden Strafen liegt ja offenbar darin, daß mit der Bildung die Ansichten darüber wechseln, welche Strafe für ein gewisses Verbrechen eine gerechte sei?

Ueberhaupt enthält die ganze Anleitung zur Vertheidigungskunst, neben manchen schätzbaren praktischen Winken, häufig Phrasen, wie dieß der Verfasser selbst wohl gefühlt zu haben scheint, indem er bei sehr vielen §§. sagt: „hier komme das Meiste auf den richtigen Takt des Vertheidigers an." Gleichwohl sind dann diese §§. mit Regeln angefüllt, die auf das „nicht zu viel und nicht zu wenig" hinauslaufen, z. B. der Vertheidiger muß Alles im günstigsten Lichte für den Angeschuldigten darstellen, aber — bei der Wahrheit bleiben u. s. w.

Durch diese Critik soll keineswegs der Werth der Mittermaier=

schen Arbeiten geleugnet werden.*) Ich habe diesen Schriftsteller nur gewählt, gerade weil er einen großen Werth und einen nicht zu verkennenden Einfluß auf die Methode der wissenschaftlichen Bildung und die Schriftstellerei gehabt hat. Ich gestehe es ganz offen: ich spreche aus Erfahrung!

Ich verehre in Mittermaier meinen Lehrer, dem ich unendlich viel verdanke, und habe mich früh in seine Werke hineinstudirt: ich war richtig, als ich in's Leben eintrat, von glänzenden Phrasen-Reminiscenzen vollgepfropft, bildete mir auch nach meinen wohlbehaltenen Gemeinplätzen ein sehr sicheres Bild von den Zuständen, Mängeln und Heilmitteln des Rechtszustandes, — nur Schade, daß dieß Bild mit der Wirklichkeit gar nicht stimmte, und ich die Heilmittel weder zur Anwendung zu präpariren, noch die kranke Stelle zu finden wußte. So verarbeitete ich sie denn rein in der Theorie, und es fiel mir sehr leicht, in dieser Manier auch zu schreiben.

Es hat volle 10 Jahre gedauert, ehe ich die Leerheit solcher geistigen Thätigkeit nicht bloß eingesehen, sondern ihr auch den Rücken gekehrt habe. Sollte ich da ganz besondere Erfahrungen gemacht haben? Ich glaube nicht. Wie es mir gegangen ist, wird es wohl vielen Anderen bei der bisherigen unfruchtbaren Lehrmethode auf unseren Universitäten gehen: man geräth leicht auf den Weg der Phrasen, weil er leicht und schimmernd ist. Ob aber jeden die Erfahrung des Lebens von diesem Wege noch zu

---

*) Die Gerechtigkeit fordert es, hinzuzufügen, daß die neuesten Werke Mittermaier's, insbesondere seine kleineren Abhandlungen, weit praktischer und klarer sind, und einen weit sicherern politischen Standpunkt verrathen, als seine früheren, großen systematischen Werke, denen er seine Berühmtheit verdankt. Ja man kann diese jüngeren Werke und kleineren statistischen und vergleichenden Aufsätze uber strafrechtliche Fragen, Strafverfahren, Gefängniß-Einrichtungen u. s. w. ganz ausgezeichnet nennen, da sie auch von dem eben gerügten Fehler fast ganz frei sind.

rechter Zeit abbringt, das ist eine andere Frage, und deshalb halte ich eine ausdrückliche Warnung nicht für überflüssig.

Ein wunderbar schönes Beispiel der umgekehrten Art, ein wahrhaft geistreiches Werk bietet uns Humboldt in seinem Kosmos dar. Kein Gegenstand ist so geeignet, Phrasen darüber zu machen, als die physische Geographie und die Geologie nach den neueren Entdeckungen. Humboldt führt die Resultate alle vor unser Auge, und obgleich er dem Principe der Empirie huldigt, so weist er doch keine der Fragen ab, welche darüber hinaus liegen, aber ihre Lösung durch geistige Combinationen oder Analogien aus den empirischen Resultaten finden können. Er steigt in den leeren Himmelsraum und in die Tiefen der Erde, er steigt, wie auf einer magischen Doppelleiter, aus mühsam gesammelten Thatsachen zu ewigen Naturgesetzen hinauf, und von dem wirkenden Principe wieder zu scheinbar ganz fremdartigen, für sich unerklärbaren Erscheinungen herab. Er scheut die kühnsten Combinationen und Schlüsse nicht, er nimmt den höchsten Flug, aber — immer zu einem festen Ziele: er läßt uns nie in der Luft schweben.

Schon oben ist bemerkt, daß Phrasen gewöhnlich auf etwas Triviales hinauslaufen, häufig auf den Satz: man muß nicht zu viel, und nicht zu wenig thun, oder geben, oder sagen ꝛc., sondern — gerade das Rechte, m. a. W. man muß die Extreme meiden. Deshalb ist die Phrasen-Macherei in der Politik das System des **juste-milieu.** —

Ich weiß nicht, ob ich hier weiter schreiben soll und kann, weil bei diesem Capitel leicht alte Wunden zu bluten anfangen; und doch muß ich, weil ich hier gerade die besten Beweise für die Gefährlichkeit der Phrasen-Macherei und die Nützlichkeit meiner obigen Mahnung herbeischaffen kann.

Wie eng zunächst das System des juste-milieu mit der Phrasen-Macherei zusammenhängt, das hat die Geschichte Frankreichs

unter der Regierung Louis Philipps, des Trägers jenes Systems, deutlich genug gezeigt. Was hat diese Regierung, d. h. für das Volk, anders gehabt, als Phrasen? Eine ziemlich freisinnige Verfassung wurde gegeben, aber nur mit Phrasen erfüllt. Ungeheure Geldsummen wurden gefordert für die edelsten Zwecke; aber im compte rendu wurden die Zahlen nicht mit Urkunden, oder Thaten, sondern mit Phrasen belegt. Die Armuth darbte, die Freiheit seufzte, während die volltönendsten Phrasen jene halb im Ueberflusse leben ließen, und den Franzosen bewiesen, daß sie das freieste Volk auf der Welt seien.

In der Paulskirche hat die Sache den umgekehrten Gang genommen. Während in Frankreich das juste-milieu als Regierungs-Princip officiell hingestellt wurde, und die Phrasen-Macherei als nothwendige Folge hinterdrein kam, stellte man sich in der Paulskirche das schönste praktische Ziel, fast ein Ideal, verfiel aber auf dem Wege in Phrasen-Macherei, und gelangte deshalb nicht zum Ziele, sondern nur bis in die Mitte, d. h. bis zur „rechten Mitte" (juste-milieu), oder wie man mit einem leider nur zu wahren Wortspiele sagen könnte, bis zum rechten Centrum.

Ich glaube, man würde mit Unrecht sagen, auch in der Paulskirche sei Ursache und Wirkung die nämliche gewesen, wie in Frankreich: auch dort habe man das Ziel nicht erreichen wollen, sondern bewußt nur ein juste-milieu angestrebt, in Folge dessen dann die Phrasen-Macherei auch in die Paulskirche eingezogen sei. Ich glaube nicht, daß die Majorität der National-Versammlung aus Verräthern bestanden habe. Aber den Phrasen-Machern geht's wie den Lügnern: — sie glauben zuletzt an die Realität dessen, was sie sagen. Denjenigen Abgeordneten der National-Versammlung, welche nach ihrem ganzen früheren Leben als echt freisinnig gelten müssen, und in Frankfurt eine so traurige Rolle gespielt haben, ist offenbar die junge Zeit über den

Kopf gewachsen, und sie haben mit dem Kopfe auch den Muth verloren. Sie haben sicher immer die Freiheit, Einheit und Größe Deutschlands gewollt; aber sie haben geglaubt, mit schönen Worten Reactionairen das Schwerdt aus der Hand winden, Grenzen ziehen und Armeen besiegen zu können.

Wie oft haben die Männer des Fortschritts und der That, vorab Vogt, gemahnt, man solle endlich einmal mit den Phrasen aufhören und zur That schreiten! Vergebens, als bereits die bewaffnete Reaction — doch ich will nicht politisiren: ich wollte nur an das Gefährliche der Phrasenmacherei in Theorie und Praxis, in allen öffentlichen und Privat-Verhältnissen erinnern, um das Zeitgemäße der obigen Warnung zu rechtfertigen.

Mit geistreichen Phrasen ist auch unser Rechtszustand und das Bedürfniß der Gegenwart in dieser Beziehung nur zu oft abgehandelt, und deshalb stelle ich die ausgesprochene Warnung dagegen gerade der nachfolgenden kleinen Abhandlung über denselben Gegenstand voran.

Recht, Leben und Wissenschaft.

Der nachfolgende Aufsatz über Recht, Rechtsleben und Rechtswissenschaft hat zum Zweck, die große Kluft zu zeigen, welche zwischen der genannten Trias, die doch so eng mit einander verbunden und organisch verwachsen sein sollte, in Wahrheit besteht, wenigstens in den Ländern des gemeinen Rechts, und die Nothwendigkeit neuer Gesetzbücher und einer anderen Richtung der Rechtswissenschaft zu veranschaulichen. Juristen mögen ihn deshalb überschlagen, weil sie das Alles schon wissen werden. Wollte man aber überhaupt die Behandlung dieses Thema's für überflüssig halten, weil an der Wahrheit dessen, was hier zu beweisen unternommen werden soll, ohnehin kein Mensch mehr zweifle, so kann ich dem aus zwei Gründen nicht beipflichten. Einmal nämlich ist die Ueberzeugung von der fraglichen Wahrheit keineswegs eine allgemeine. Sodann aber fehlt es bei der ungeheuren Mehrzahl der gebildeten Laien, selbst wenn sie jene Ueberzeugung theilen sollten, jedenfalls an der Einsicht in die Lage der Sache, in die Größe des Uebels, um jener Ueberzeugung einen unwandelbaren Halt und die Kraft zum Durchdringen zu geben. In letzterer Beziehung insbesondere ist noch lange nicht genug geschehen, und kann, meine ich, des Catonischen caeterum censeo eingedenk, nie zu viel geschehen. Frühere Vorgänge und eigne Erlebnisse bestärken mich in der so eben ausgesprochenen Ueberzeugung: ja, es

ist so lange noch nicht genug über eine nothwendige Reform geschrieben, bis man die Reform wirklich erzielt, und nicht bloß das Versprechen ihrer Einführung hat, sondern sie selbst in Fleisch und Bein vor sich stehen sieht.

Weil ich für Laien schreibe, muß ich etwas weiter ausholen; glaube aber für Alle, die noch gar keinen Begriff von unserm Rechtszustande und dessen historischer Entstehung haben, die Versicherung vorausschicken zu müssen, daß die nachfolgende factische Darstellung keine neckische Fabel, sondern wirkliche Wahrheit ist; denn ein schlichter, durch lange Bekanntschaft mit dem heillosen Zustande noch nicht verwöhnter und verwachsener Verstand wird allerdings diese Wahrheit für unmöglich halten.

Was meinst Du wohl, lieber Leser, wer hat das Recht wohl gemacht, nach welchem Deine Rechtsverhältnisse beurtheilt werden, wenn Du lebst und wenn Du stirbst? Du antwortest vielleicht: „Das mag wohl schon lange her sein: das haben vielleicht schon die Kurfürsten vor 100 Jahren oder länger gethan.“ — Fehlgeschossen, es ist doch noch etwas länger her! Hast Du nun etwas von der peinlichen Gerichtsordnung Carl's V. gehört, so glaubst Du vielleicht einen recht großen Schritt zu thun, wenn Du diesen oder gar den Errichter des Landfriedens und des Kammergerichts, Maximilian, nennst. — Fehlgeschossen; immer weiter! — Jetzt frägst Du spöttisch: „nun wohl Carl der Große?“ — Fehlgeschossen! noch weiter! — „Aber, mein Gott, der war ja der erste deutsche Kaiser: vor ihm kann ja gar Niemand für Deutschland gültige oder passende Gesetze gemacht haben!“ — Fehlgeschossen, lieber Leser! Das ist es ja gerade, daß die Gesetze, nach denen wir leben, weder für Deutsche gemacht sind, noch für Deutsche passen; weder von Deutschen ersonnen, noch in Deutschem abgefaßt sind; weder den Deutschen bekannt, noch überall zugänglich sind; weder in sich verständlich und klar, noch neben den andren bestehenden Rechten anwendbar sind.

Kurz und gut, unser Rechtszustand und zunächst die Entstehungsgeschichte desselben ist in nuce folgende.

Als bei den alten Römern der Rechtszustand auch den allerhöchsten Grad der Verwirrung erreicht hatte, und kein Mensch mehr wußte, was denn eigentlich von den Hunderttausenden Kaiserlicher Rescripte, Magistrats-Edicte, Gutachten und wissenschaftlichen Untersuchungen der Juristen, altem, unpraktischen Priester- und neuerem, freien Volksrechte u. s. w. u. s. w. galt, — da war der Römische Kaiser Justinian, obgleich kein großes Genie, doch vernünftig genug, einzusehen, daß das nicht mehr so gehe, sondern das Volk und die Richter doch wissen müßten, woran sie eigentlich wären, und was als Recht gälte. Er ließ deshalb aus den Schriften der Juristen einen Auszug veranstalten, der das praktische Recht enthalten sollte, nicht aber in der Art, daß dieß Recht, wie wir es uns anders kaum denken können, in einem Systeme dargestellt wäre, sondern so, daß einige Hauptrubriken, z. B. Proceßrecht, Eigenthum, Servituten, Legate, Testamente u. dergl. aufgestellt sind, und unter diese Rubriken nun einzelne, abgerissene Aeußerungen der Juristen, welche diesen Gegenstand betreffen, oder nur entfernt dahin schlagende Fragen berühren, zusammenhanglos eingetragen sind, oft sogar an Stellen, wohin sie gar nicht gehören. Diese bedeutend dickleibige Compilation, unter dem Namen der Pandecten bekannt, wurde im Jahre 533 nach Christus als Gesetzbuch promulgirt zu Constantinopel für die Unterthanen des dort herrschenden Kaisers.

Zugleich wurde ein Auszug aus diesem großen Werke, eine Art compendiarisches Lehrbuch bearbeitet, das gleichfalls mit Gesetzeskraft versehen und im Jahre 533 publicirt wurde. Dieß sind die Institutionen.

Im folgenden Jahre ließ endlich Justinian eine schon früher veranstaltete Sammlung der Kaiser-Constitutionen neu revidiren und schloß mit diesem s. g. Codex den Kreis seiner Gesetzgebung.

Dieß Alles und noch eine ganze Reihe neuerer unter dem Namen Novellen bekannter Gesetze von späteren Kaisern (d. h. Byzantinischen resp. Römischen) bildet das bekannte Gesetzbuch, **Corpus juris** genannt.

Es scheint angemessen, bei den ungeheuer vielen Unzuträglichkeiten und Verkehrtheiten, welche mit unserm Rechtszustande verbunden sind, ehe ich das Mangelhafte und die Unanwendbarkeit der einzelnen geltenden Rechtsbücher oder Rechte entwickele, erst auf die allgemeine Confusion hinzuweisen, welche ganz von selbst aus dem Bestehen so vieler Rechte neben einander hervorgeht, also unsern Rechtszustand zunächst in dieser Hinsicht übersichtlich darzustellen, d. h. die einzelnen geltenden Rechtsbücher und Rechte aufzuzählen, so trocken dies auch sein mag. Es ist dieß zur Erkenntniß der Gebrechen unerläßlich.

Außer dem Corpus juris im eminenten Sinne (corp. jur. civilis oder Romani) haben wir zunächst noch ein, demselben in mancher Beziehung sehr ähnliches Werk und Gesetzbuch:

II. das s. g. **Corpus juris Canonici.** Auch dieß besteht aus mehren Theilen, die aber nicht einmal einem Verfasser, oder nur einem leitenden Redacteur angehören.

Der erste Theil, die Arbeit eines Benedictiner-Mönchs, Gratian, ist eine Sammlung schon geltender Staats- und insbesondere Kirchengesetze, von den ältesten Zeiten an, die im Jahre 1151 vollendet wurde, und von keinem Gesetzgeber, sondern nur durch das Ansehen, welches sie sich erwarb, Gesetzeskraft (nämlich die Sammlung als solche) erhielt.

Der 2te Theil, die s. g. Decretalen, enthält dagegen publicirte Gesetzsammlungen, nämlich eine Sammlung von Gregor IX. im Jahre 1234 publicirt, eine Decretalen-Reihe von Bonifaz VIII. 1298 publicirt, und eine Sammlung von Concil-Beschlüssen und päpstlichen Verordnungen, von Clemens V. im Jahre 1313 publicirt.

Anhangsweise existiren auch hier, den neuesten Kaiser-Novellen

im Corp. jur. civilis vergleichbar, noch einige neuere Decretalen, bis ins 15te Jahrhundert hineinreichend.

Den beiden ebengenannten voluminösen Gesetzbüchern, beide in Lateinischer*) Sprache geschrieben, beide auf der Anschauung Lateinischer Lebensformen**) vor einem Jahrtausend beruhend, steht als große Hauptmasse entgegen

III. das s. g. Deutsche Privatrecht, ein ungeschriebenes***) Recht, welches Aufschluß über die urcignen Rechtsinstitute Deutscher Nation gibt, und deren Umbildung oder Weiterbildung unter der Macht der Zeitverhältnisse und dem Einflusse des Römischen Rechts bis auf die heutige Zeit nachweist.

Außer diesen, die ganze Privatrechts-Sphäre des Menschen umfassenden Rechtsquellen, besitzen wir endlich noch für ein einzelnes, in früheren Zeiten unendlich wichtiges Rechtsinstitut ein besonderes Gesetzbuch,

IV. den liber feudorum (das Lehnrecht). Dieß ist eine ähnliche Compilation, wie die Justinian'sche Zusammenstellung der Pandecten, im 13ten Jahrhundert in Norditalien bei einem deutschen Stamme, den Longobarden, entstanden und in Lateinischer Sprache verfaßt. Ausdrückliche Gesetzeskraft ist dieser Sammlung nie vom Gesetzgeber beigelegt; sie erhielt durch Gebrauch gesetz-

---

*) Wenigstens zum bei Weitem größten Theile. — Einige Gesetze sind in Griechischer Sprache abgefaßt.

**) Wenn das Corp. jur. Canonici auch Entscheidungen über Rechtsfragen, die in Deutschland auftauchten, enthält, so beruht doch die Entscheidung immer auf der Rechtsanschauung des Römischen Papstes und den, in den südeuropäischen, der Römischen Bildung als Römische Provinzen gefolgten Reichen, Frankreich und Spanien, herrschenden Ansichten und Bedürfnissen. Die wegen der Germanischen Bestandtheile in diesen Ländern (Einwanderung) im Corp. jur. Canonici sich findenden Spuren Germanischer Rechtsanschauung sind sehr schwach, so daß der im Texte ausgesprochene Gegensatz im Ganzen gar nicht alterirt wird.

***) Die Deutschen Reichs- und Bundesgesetze, die einzige vaterländische Rechtsquelle, aus der geschriebene Gesetze flossen, behandeln das Civilrecht so stiefmütterlich, daß sie fast gar keine Ausbeute gewähren.

liches Ansehen, ward dem Römischen Corpus juris als eine 10te Collation angeheftet, und mit ihm auch in Deutschland als Gewohnheitsrecht recipirt.

Dieß sind also die verschiedenen Rechte, wonach wir leben, und die man mit dem Kunstnamen „das gemeine deutsche Recht" belegt hat, womit man sagen will, daß dieß Recht überall in Deutschland zur Anwendung kommt, wo nicht erweislich ein anderes Recht den Vorzug hat.*)

Zunächst ist auf das Nachtheilige des bloßen Bestehens dieser mehren Rechte neben einander aufmerksam zu machen.

Wären dieselben durch eine gesetzgebende Gewalt nach einander eingeführt, so würde sich der Gesetzgeber wohl über das gegenseitige Verhältniß ausgesprochen haben. Dem ist aber nicht so. Wir haben hinsichtlich der verbindenden Kraft jener Rechte nur den einen gesetzgeberischen Ausspruch (in Reichs- und Bundes-Gesetzen), daß das gemeine Recht als gültiges anerkannt wird. Geltend ward es aber nicht durch gesetzgeberische Publication, sondern durch freiwillige Aufnahme von Seiten der Nation**), durch Reception, also als (geschriebenes) Gewohnheitsrecht.

Dadurch sind viele Zweifel entstanden, welche die Cardinalfrage berühren: was ist denn nun eigentlich als Gesetz recipirt?

Das Römische Recht ward recipirt, wie es im 11ten und 12ten Jahrhundert in Italien wieder auflebte; gerade so, denn einen anderen Text kannte man damals noch nicht (quod non agnoscit glossa, nec agnoscit curia). Manche der ursprünglich Griechi-

*) So hat jede Landesgesetzgebung, und in dieser wieder jedes auf einen engeren Kreis berechnete Gesetz den Vorzug: „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeinrecht." — In Staaten, welche das gesammte Recht durch ein Landrecht codificirt haben, hat das s. g. gemeine (Römische) Recht gar keine Gültigkeit mehr, z. B. in Preußen und Oesterreich.

**) Wie das „freiwillig" und „Nation" zu verstehen ist, das wird die weitere Ausführung ergeben. Vgl. auch Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 66—79.

schen Gesetze hatte man damals in Lateinischer Uebersetzung, und es ist nun eine große Streitfrage: ob der Griechische Original-Text, oder die Lateinische Uebersetzung in Zweifelsfällen entscheidet?

Der Original-Text sagen Einige, denn man wollte ja eben das Justinianische Recht haben. Nein, sagen Andere*), denn man konnte ja eben nichts anderes recipiren, als was man kannte. Man kannte aber nur die Lateinische Uebersetzung.

Ebenso geht es mit den Gesetzen, welche in den Abschriften der Justinianschen Gesetzbücher fehlten, die zufällig den Glossatoren, d. h. den Männern, welche sich zuerst mit Wiederbelebung des Römischen Rechts in Italien vor etwa 800 Jahren beschäftigten, zu Gebote standen, die jetzt aber in allen Ausgaben des Corpus juris aus neu aufgefundenen Hülfsquellen abgedruckt stehen, — mit den s. g. leges restitutae, sowie den, von den Glossatoren dem Codex beigestreuten Auszügen aus den neuesten Kaiser-Novellen und den Noten, welche die ersten Glossatoren dem Gesetzestexte beifügten, die also von ihrer Auffassung des Textes Zeugniß geben.

Ueber dieß Alles wird gestritten, ob es Gesetzeskraft habe oder nicht.

Ein weit schlimmeres Dilemma aber entsteht aus dem gegenseitigen Verhältnisse der einzelnen Rechte unter einander. Wie soll es gehalten werden, wenn sie sich widersprechen? Die Frage gilt für die Widersprüche der einzelnen Theile eines und desselben Gesetzbuches, wie für Widersprüche der Gesetzbücher unter einander.

Für den ersten Fall hat die Wissenschaft ziemlich befriedigende und allgemein anerkannte Regeln aufgefunden. Widersprüche des Römischen und Canonischen Rechts sind dagegen nicht so leicht zu lösen. Manche behaupten frischweg, dem Päpstlichen Rechte,

*) Savigny, System I. § 17.

als dem jüngeren gebühre der Vorzug. Allein wenn auch das Päpstliche Recht seiner Entstehung nach jünger, als das Römische ist, so fällt dessen Reception doch so ziemlich mit der Reception des Römischen Rechts zusammen. Und da frägt sich eben, in welchem Verhältnisse hat die Nation die beiden Rechte recipirt? Und gesetzt auch, das Römische Recht habe sich im 12ten*) Jahrhundert schon einigermaßen festgesetzt, als die Decretalen-Sammlungen bekannt wurden, und sich auch Eingang verschafften, so bleibt doch dieselbe Frage stehen: wie hat die Nation dieß neuere Recht recipirt? Mit der Absicht, jede Satzung unbedingt anzunehmen, auch wenn sie das soeben recipirte Römische Recht sofort wieder aufhöbe? Das ist an und für sich unwahrscheinlich. Diese Sache ist aber schon von bedeutender Wichtigkeit. Römisches und Canonisches Recht widersprechen sich oft in Rechtsfragen, die alle Tage vorkommen, wie z. B. über den guten Glauben bei der Ersitzung und über das Zinsennehmen.

Das eigentliche Elend beginnt aber erst bei der Collision zwischen Römischem und Deutschem Rechte. Hier herrscht so großer Zweifel über die Grenze, hier sind so corrupte Ansichten aufgestellt, hier hat sich die schmachvollste Seite der Deutschen, Verleugnung der eignen Nationalität, mit solch einer widersinnigen Wuth geltend gemacht, daß diese Partie der Deutschen Rechtsgeschichte weder glaublich erscheint, noch die damit dem Deutschen Volke geschlagenen Wunden, die täglich seit fast 800 Jahren eitern, je verharrschen können, wenn nicht eine Radical-Cur eingeschlagen wird.

Römisches und Deutsches Recht stehen nämlich in einem solchen Widerstreite mit einander, wie er kaum größer gedacht werden kann, worüber unten, bei der Darlegung der Nachtheile, die aus dem Inhalte der jetzt geltenden Rechte entstehen, mehr ge-

*) Als geschehen kann die Reception erst mit dem Anfange des XV. Jahrhunderts betrachtet werden.

sagt werden wird. Eines mußte also im Anfange weichen, da eine Amalgamirung beider und eine Umbildung der Rechtsinstitute nach den Einflüssen beider erst im Laufe der Jahrhunderte eintreten konnte. Da waren nun die Juristen, welche überhaupt das Römische Recht nach Deutschland verpflanzten und ihre nächsten Nachfolger, unpatriotisch, lieblos und speichelleckerisch genug, das neu erlernte Römische Recht in seiner Reinheit und unvermittelt auf die ganz fremdartigen Deutschen Verhältnisse anzuwenden, die letzteren in eine Zwangsjacke zu stecken, und so der ewigen Gerechtigkeit wie der ganzen Nation in's Gesicht zu schlagen, daß es blutete.

Die Kundigen des Deutschen Rechts, die Schöffen, die ungelehrten Gerichtsbeisitzer, die Schriftsteller verschwanden aus der Theorie und Praxis und die Römischen Doctores juris beherrschten allein und ausschließlich das ganze Deutsche Rechtsleben. Aber Volk und Volkssinn läßt sich nicht modeln und zuschneiden nach dem Gutdünken einiger Beamten hinter dem grünen Tische, oder nach Büchergelehrsamkeit. Da kann man wohl quälen und kreuzigen, Glieder abschneiden und dem natürlichen Kreisen der Säfte Schranken setzen: das nationale Element, der frische Volkstrieb treibt immer wieder neue Sprößlinge, findet immer wieder neue Bahnen! — Aber welch ein Zustand, wenn den stets Deutschen Rechtsformen und Rechtsgeschäften ebenso consequent stets Römische Gesetze angepaßt wurden, wenn über die bloßliegenden Nerven des Volks unbarmherzig immer mit eiserner Hechel hingefahren wurde!

Schon war es dahin gekommen, daß von einem Deutschen Rechte auch nicht einmal dem Namen nach mehr die Rede war. Nur Römisches Recht ward auf den Hochschulen Deutschlands gelehrt, und so, sollte man meinen, hätte die letzte Spur Deutscher, nationaler Rechtsbildung verloren gehen müssen. Aber die Unnatur hat kein Bestehen.

Vor 150 Jahren endlich, also nachdem 5 lange Jahrhunderte hindurch nur Römisches Recht gelehrt und dem Volke aufgedrängt war, nachdem dieß Recht nun bereits wirklich angefangen hatte, Wurzel zu schlagen, und die Rechtsinstitutionen und Rechtsgeschäfte zu modificiren, da sah man ein, daß es doch unmöglich sei, wider den Strom zu schwimmen, daß die Wirklichkeit ihr Recht habe, und ein ewig denkwürdiger Mann, Georg Beyer zu Wittenberg, unternahm es, im Jahre 1707 das Deutsche Recht wieder auf den Katheder zu bringen.*) Weit entfernt aber, daß dadurch das Deutsche Recht wieder in sein altes Recht eingesetzt, und eine vernünftige Rechtseinheit erzielt wäre, begann jetzt der Kampf erst recht von Neuem. Denn während bis dahin die Richter Alles über den Kamm des Römischen Rechts schoren, also wirklich eine Art Rechtseinheit, wenigstens in der Theorie und in den zur Aburtheilung kommenden Fällen erzwangen, so begann nun ein wirklicher und als solcher sich offen ankündigender Dualismus im Rechte, da sich seine Lehrer und Pfleger in Romanisten und Germanisten schieden, welche beide mit gleicher Einseitigkeit nur das eine oder das andere Recht gelten lassen wollten, ohne zu bedenken, daß das Römische Recht durch eine 500jährige Anwendung bereits wirklich Eingang gefunden hatte, und wirklich berechtigt war. Es begann eine trübe Zeit des Kampfes, eines unfruchtbaren, gehässigen Kampfes, bei dem der ewig leidende Theil, wenn sich Zwei um die Herrschaft streiten, das Volk, allein litt.

---

*) Allerdings war auch vorher auf den Universitäten die Rede davon; denn Manches, z. B. das Gesammteigenthum, die Erbverträge u. dergl. war doch nicht zu übersehen. Allein es geschah dieß als usus modernus bei den Pandecten-Vorlesungen, wodurch also die Sache auf den Kopf gestellt wurde. Man sagte nämlich, in diesen oder jenen einzelnen Bestimmungen werde heute das Römische Recht nicht mehr rein, sondern durch abweichenden Gebrauch so und so angewandt.

Die Männer, die das Deutsche Recht aus dem Dunkel hervorgezogen, wurden von den Romanisten wie halbe Barbaren betrachtet*) und man sah mitleidig mit wissenschaftlichem Hochmuthe auf sie herab. Die geschmähten Germanisten dagegen machten den Gegnern den Vorwurf, daß sie das nationale Eigenthum, noch dazu das geistige, einem fremdländischen Eindringlinge opferten, daß es wahrlich keinen großen Scharfsinn verriethe, ganz verschiedene Rechtsverhältnisse nach einem nicht darauf passenden Rechte beurtheilen zu wollen, und daß die affectirte oder wirkliche Verachtung des vaterländischen Rechts nur aus dessen Unkenntniß resultire.

Doch in den Gerichten behielt das Römische Recht fortwährend die Oberhand. Es wurde dieß Recht als das eigentlich geltende, zunächst überall anzuwendende betrachtet, und man glaubte schon große Concessionen zu machen, wenn man den Beweis eines ausnahmsweise geltend gebliebenen Deutschen Reichsinstituts oder Deutschen Rechtssatzes zuließ**).

Nur im Stillen blühte die Cultur des nationalen Rechtes fort. Die vermehrte Spannkraft alles dessen, was unterdrückt wird, machte sich auch hier geltend, die besten Geister der Nation wandten sich der neuen, mühseligen Arbeit zu. — Und wahrlich, ihnen kann nicht genug Anerkennung gezollt werden. Es muß

*) Petr. de Andlow sagt z. B. in seinem Werke de imp. Rom. Germ. lib. II. cap. 16: Quid dicam de legum aequissimarum jurisque scripti observatione, quae fere nulla est, sed jure incerto vivitur et in multitudine illiterata, quod unicuique sui arbitrii discretione visum est, id in judiciis vim legum obtinere volunt.

) Der Salzdahl. Landt.-Abschn. von 1597 im Art. 32 sagt: daß man sich nicht allein im Proceß, sondern auch in Entscheidung der Sachen der gemeinen kaiserlichen, aber nicht der Sachsenrechte, denn alleine woferne in diesem Fürstenthum eine sonderliche Ordnung, Statutum oder Gewohnheit dem Sachsenrecht gemäß vorhanden und **zu beweisen, bedienen solle.

Vor 150 Jahren endlich, also nachdem 5 lange Jahrhunderte hindurch nur Römisches Recht gelehrt und dem Volke aufgedrängt war, nachdem dieß Recht nun bereits wirklich angefangen hatte, Wurzel zu schlagen, und die Rechtsinstitutionen und Rechtsgeschäfte zu modificiren, da sah man ein, daß es doch unmöglich sei, wider den Strom zu schwimmen, daß die Wirklichkeit ihr Recht habe, und ein ewig denkwürdiger Mann, Georg Beyer zu Wittenberg, unternahm es, im Jahre 1707 das Deutsche Recht wieder auf den Katheder zu bringen.*) Weit entfernt aber, daß dadurch das Deutsche Recht wieder in sein altes Recht eingesetzt, und eine vernünftige Rechtseinheit erzielt wäre, begann jetzt der Kampf erst recht von Neuem. Denn während bis dahin die Richter Alles über den Kamm des Römischen Rechts schoren, also wirklich eine Art Rechtseinheit, wenigstens in der Theorie und in den zur Aburtheilung kommenden Fällen erzwangen, so begann nun ein wirklicher und als solcher sich offen ankündigender Dualismus im Rechte, da sich seine Lehrer und Pfleger in Romanisten und Germanisten schieden, welche beide mit gleicher Einseitigkeit nur das eine oder das andere Recht gelten lassen wollten, ohne zu bedenken, daß das Römische Recht durch eine 500jährige Anwendung bereits wirklich Eingang gefunden hatte, und wirklich berechtigt war. Es begann eine trübe Zeit des Kampfes, eines unfruchtbaren, gehässigen Kampfes, bei dem der ewig leidende Theil, wenn sich Zwei um die Herrschaft streiten, das Volk, allein litt.

---

*) Allerdings war auch vorher auf den Universitäten die Rede davon; denn Manches, z. B. das Gesammteigenthum, die Erbverträge u. dergl. war doch nicht zu übersehen. Allein es geschah dieß als usus modernus bei den Pandecten-Vorlesungen, wodurch also die Sache auf den Kopf gestellt wurde. Man sagte nämlich, in diesen oder jenen einzelnen Bestimmungen werde heute das Römische Recht nicht mehr rein, sondern durch abweichenden Gebrauch so und so angewandt.

Die Männer, die das Deutsche Recht aus dem Dunkel hervorgezogen, wurden von den Romanisten wie halbe Barbaren betrachtet*) und man sah mitleidig mit wissenschaftlichem Hochmuthe auf sie herab. Die geschmähten Germanisten dagegen machten den Gegnern den Vorwurf, daß sie das nationale Eigenthum, noch dazu das geistige, einem fremdländischen Eindringlinge opferten, daß es wahrlich keinen großen Scharfsinn verriethe, ganz verschiedene Rechtsverhältnisse nach einem nicht darauf passenden Rechte beurtheilen zu wollen, und daß die affectirte oder wirkliche Verachtung des vaterländischen Rechts nur aus dessen Unkenntniß resultire.

Doch in den Gerichten behielt das Römische Recht fortwährend die Oberhand. Es wurde dieß Recht als das eigentlich geltende, zunächst überall anzuwendende betrachtet, und man glaubte schon große Concessionen zu machen, wenn man den Beweis eines ausnahmsweise geltend gebliebenen Deutschen Reichsinstituts oder Deutschen Rechtssatzes zuließ**).

Nur im Stillen blühte die Cultur des nationalen Rechtes fort. Die vermehrte Spannkraft alles dessen, was unterdrückt wird, machte sich auch hier geltend, die besten Geister der Nation wandten sich der neuen, mühseligen Arbeit zu. — Und wahrlich, ihnen kann nicht genug Anerkennung gezollt werden. Es muß

---

*) Petr. de Andlow sagt z. B. in seinem Werke de imp. Rom. Germ. lib. II. cap. 16: Quid dicam de legum aequissimarum jurisque scripti observatione, quae fere nulla est, sed jure incerto vivitur et in multitudine illiterata, quod unicuique sui arbitrii discretione visum est, id in judiciis vim legum obtinere volunt.

) Der Salzdahl. Landt.-Abschn. von 1597 im Art. 32 sagt: daß man sich nicht allein im Proceß, sondern auch in Entscheidung der Sachen der gemeinen kaiserlichen, aber nicht der Sachsenrechte, denn alleine woferne in diesem Fürstenthum eine sonderliche Ordnung, Statutum oder Gewohnheit dem Sachsenrecht gemäß vorhanden und **zu beweisen, bedienen solle.

Recht, Leben und Wissenschaft.

Für Gebildete aller Stände.

Von

Carl Friedrich Joseph Götting,

Obergerichts-Anwalt zu Hildesheim.

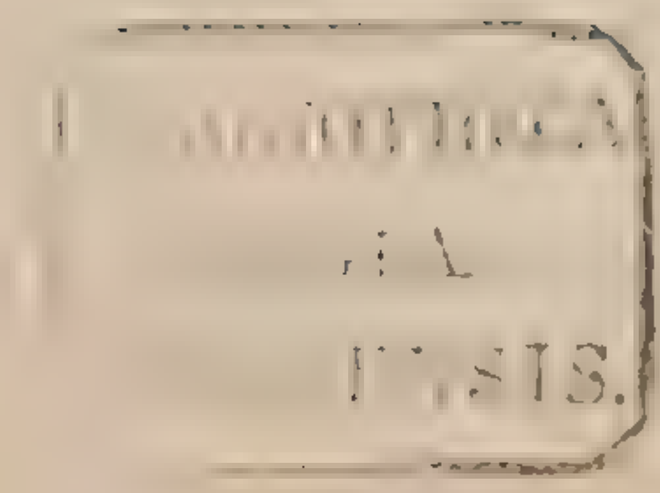
Erstes Heft.

Zweite Ausgabe.

Hildesheim.

Gerstenbergsche Buchhandlung.

1861.



Keine geistreiche Phrasen.

(Statt Vorrede.)

Obige Worte richte ich als Mahnung an alle Schriftsteller der Mit- und Nachwelt: es wird nirgend mehr gesündigt, als in dieser Hinsicht. Und wie kann es auch anders sein? — Die Jugend liest Romane, also dasjenige genre der Lektüre, bei welchem Phrasen-Macherei geradezu Tendenz ist, beide aber, Geist und Realität, fehlen. Wenn die Menschen zu ihren Jahren kommen — Viele kommen dahin aber bekanntlich nie — dann greifen sie wohl zu nützlicherer, ernsterer Lektüre; diese hat dann freilich die Phrasen-Macherei nicht zum Ziele, aber sehr häufig zur überwiegenden Begleitung, wenn nicht gar zum einzigen Resultate. Solche Lektüre aber wirkt wie ein contagium, oder wie der Säuerungs-Prozeß bei der Gährung, d. h. ansteckend.

Ein Buch mit geistreichen Phrasen — und dahin gehören sehr viele der schlechthin geistreich genannten Bücher — liest sich sehr angenehm, und, was noch schlimmer ist, man kommt dabei wirklich leicht zu dem Wahne, man habe durch die Lektüre sehr viel gelernt, seine Kenntnisse oder wenigstens seinen Gesichtskreis bedeutend erweitert. Wo letzteres der Fall ist, da ist das allerdings immer ein großer Gewinn, denn die Meisten sind täppisch, eigensinnig, für den Staat unbrauchbar, und insbeson-

dere schlechte Politiker, bloß weil sie kleinstädtisch und spießbürgerlich sind, und ihre 4 Wände für die Stadt, ihre Stadt aber für die Welt ansehen. — Aber ob jenes (Erweitern des Gesichtskreises) der Fall ist, die Frage beantwortet man sich selbst freilich selten gründlich. Enthält ein Buch Phrasen, so behält man diese sehr leicht, eben weil sie allgemeinen Inhalts sind, und das Gedächtniß mit nicht viel Material beschweren, sondern gleichsam wie ein leerer Rahmen erscheinen, dem das Bild fehlt. Ein Gemeinplatz prägt sich um so leichter ein, weil er sich ganz von selbst versteht. Ein angehender Schriftsteller nun wird und muß sich durch Lektüre bilden, die hängen gebliebenen Gemeinplätze tragen sich in das neue Werk über, und, da sich jetzt leider viele Schriftsteller nur aus der Lektüre und aus ihrem eigenen kleinen Gehirne bilden, ohne eigne Anschauung und Erfahrung, selbst ohne die Tendenz praktischer Anwendbarkeit, geschweige eigner Versuche unmittelbarer Anwendung, so erklärt sich leicht die traurige Erfahrung, die jeder schon oft gemacht haben wird, daß man eine ganze Reihe renommirter Bücher durchstudiren kann, und sich am Ende vorkommt, als ob man eine ganze Bilder-Gallerie durchmustert habe, welche nur mit leeren Rahmen geschmückt ist.

Ein sicheres Criterium für wahre Tüchtigkeit eines Buches ist es, wenn man sich nach der Durchlesung die praktische Anwendung des Gelesenen im Einzelnen, an selbstgebildeten Fällen zu veranschaulichen sucht. Gelingt dies, so ist das Buch lehrreich; gelingt es nicht, so ist das Buch — wenn anders der Leser seine fünf Sinne und gesunden Menschen-Verstand hat — unbrauchbar.

Bei diesem allgemeinsten Resultate können wir jedoch nicht stehen bleiben, weil nicht im Allgemeinen vor schlechter Lektüre sondern gerade vor der so gefährlichen geistreichen Phrasen-Macherei — activ und passiv — gewarnt werden soll. Ein Buch, das plumpe Dummheiten, Unwahrheiten und Inconse-

quenzen enthält, wird von selbst schon seines Eindruckes verfehlen. Bei seiner Lektüre ist bloß die verlorene Zeit zu bedauern, nachtheilige Folgen kann es nicht haben.

Geistreiche Phrasen aber haben den doppelten Nachtheil, daß sie die Litteratur, wie gesagt, epidemisch vergiften und die Köpfe mit Seifenblasen anfüllen. Ein solcher Kopf, weil er doch mit irgend Etwas angefüllt ist, hält sich dann für sehr fähig, tritt mit seinen allgemeinen Theoremen weit sicherer auf, als ein Praktiker, der die Schwierigkeiten der Ausführungen kennt, imponirt daher mehr, wird vorgezogen, und — verpfuscht schließlich Alles.

Unter „Phrasen" nun verstehe ich solche nichtssagende Redensarten, welche die Sache nicht weiter fördern, sei es, daß sie überall keinen vernünftigen Sinn haben, oder daß das Gesagte etwas Triviales, sich von selbst Verstehendes ist. Wird ein Phrase nackt in dieser Gestalt hingestellt, so ekelt sie an, und man erkennt die Lektüre sogleich als ungenießbar.

Ganz anders bei den s. g. geistreichen Phrasen! Diese sind solche, wobei der ganze ästethische Apparat der Sprache, poetische Ausdrücke, philosophisch-klingende Umschreibungen, entferntere Andeutungen, welche nur zwischen den Zeilen lesen lassen, u. dgl. gebraucht werden, um einen Gemeinplatz, oder sonst etwas Nichtssagendes einzukleiden.

Wie trivial z. B. ist der Satz: das Wasser fließt bergunter. Wie ganz anders klingt es, und wie Wenige werden sich der ungeheuren darin liegenden Trivialität bewußt, wenn Jemand schreibt: „Der sinnige Wanderer wird überall in der Natur ein reiches Feld zu Beobachtungen finden, und die Harmonie der ewigen Naturgesetze nie unterbrochen sehen. Wie häufig glaubt man bergunter zu gehen, und doch fließt ein Bächlein am Wege uns entgegen. Bei genauerer Untersuchung aber und durch Anwendung einer Wasser-Waage wird man stets sich überzeugen, daß irgend eine Täuschung zum Grunde liegt und das Wasser

auch hier dem Gesetze der Bewegung der Körper auf einer schiefen Ebene folgt."

Oder: bei der Untersuchung über die zweckmäßige Einrichtung der Gerichts-Bezirke, insbesondere bei collegialischer Einrichtung der Erstinstanz-Gerichte, ist gewiß keine Antwort trivialer, als die: sie dürfen nicht zu groß und nicht zu klein, sondern müssen gerade recht sein.

Geistreich paraphrasirt: „Hier muß die Rücksicht entscheiden, daß man die Gerichts-Sprengel nicht zu groß machen darf, damit die rechtsuchende Partei nicht genöthigt ist, erst stundenweit bis zum Gerichtssitze gehen zu müssen, wo sie oft lieber ihr Recht ganz unvertheidigt aufgibt; daß aber auf der anderen Seite auch nicht zu wenig Seelen einem Gerichte zugetheilt werden, weil dieß die Kosten zu sehr erhöht, und am Ende wieder zu Einzelrichtern führt."

Wie groß muß denn danach nun ein Gerichtssprengel sein?*)

Es ist gewiß eine höchst auffallende Erscheinung, daß der für den größten Praktiker geltende, juristische Schriftsteller, Mittermaier, die meisten geistreichen Phrasen hat. Wo derselbe praktisch ist, wie z. B. in seinem Deutschen Privat-Rechte**), da wird er sofort casuistisch, und verliert den höheren wissenschaftlichen Standpunkt, die klare Darstellung des, eine gewisse Lehre beherrschenden Princips gänzlich. Auch hier vertreten Phrasen dieß, aus der historischen Entwickelung zu deducirende Princip. Z. B. bei der Erläuterung der Frohnen: „Dienste, welche vermöge

---

*) Darauf gibt es freilich keine Antwort nach einer fixen Zahl, wohl aber statistische Nachrichten für dicht- und dünnbevölkerte Gegenden. Die Angabe im Texte ist eine bloße Phrase.

**) Eine höchst treffende Recension dieses Werkes hat geliefert Professor Gaupp in Richter's crit. Jahrb. B. XI.

einer Pflicht des öffentlichen Rechtes (?!) oder durch Gemeinde-Nexus auferlegt waren, unterschieden sich ursprünglich von Privatfrohnen und dem Dienste der Hörigen. Verfall öffentlicher Verhältnisse, Anmaßung und Ausdehnung der Hörigkeit bewirkte im Mittelalter Zusammenwerfung und Vermehrung der Dienste, vorzüglich da der Landesherr oft auch der Gutsherr war, auch die Vogteien erblich wurden."

Oder bei den Regalien:

„In den deutschen Staaten kamen allmälig gewisse nutzbare Rechte (?) durch die Art, wie gewisse Verhältnisse benutzt wurden (??), in den Besitz der Staatsgewalt, ohne nothwendig Ausflüsse derselben zu sein." (Folgen 7 Stück ganz heterogener Veranlassungs-Gründe.) — „Jemehr die gemeine Freiheit unterging (?), desto eher (?) konnte man mit dem ohnehin schon vieldeutigen Worte „Regalien" alle Rechte des Landesherrn, wodurch Eigenthums-, Gebrauchs- und Occupations-Rechte der Unterthanen beschränkt wurden, bezeichnen."

Was soll man aus diesen, nicht näher erläuterten Sätzen machen, wenn man nicht selbst schon in die Einzelheiten einer Lehre und deren Entstehungs-Geschichte vollkommen eingeweiht ist? Man merkt, daß eine ungeheure Gelehrsamkeit dahinter steckt, und wird nicht zu dem Baume der Erkenntniß gelassen. Folgen für die eigne praktische Weiterbildung des Lesers haben dergleichen Phrasen gar nicht.

Daß dieselben gerade bei Mittermaier besonders auffallen, hat freilich auch einen formalen Grund. Je mehr Jemand schriftstellert, desto leichter bildet sich bei ihm eine gewisse Manier und eine große Sorglosigkeit hinsichtlich des Styles und der Gedanken-Verbindung aus. Ebenso fällt ein Schriftsteller, der sehr viel und rasch schreibt, leicht in den Fehler, einerseits zu viel bei dem Leser vorauszusetzen, andrerseits demselben auch das Selbstverständlichste auseinanderzusetzen und ihm gleichsam das Selbst-

denken unmöglich zu machen. Mittermaier, leicht erklärlich durch seine ungemeine schriftstellerische Fruchtbarkeit, verwendet auf die Darstellungsweise überall keine Zeit und Mühe und knüpft unbedenklich die verschiedenartigsten Gründe und Verhältnisse durch ein „Auch entscheidet hier die Rücksicht, daß u. s. w." aneinander; die einfachsten Voraussetzungen und Folgerungen kleidet er in ein „je, . . . desto" ein, und dahinein schleichen sich dann gar zu leicht und unbewußt Gemeinplätze, wie gleich S. 2 der Anleitung zur Vertheidigungskunst in zwei unmittelbar auf einander folgenden Beispielen der Fall ist. Dort heißt es:

„Eine Strafproceßgesetzgebung ist um so besser, je mehr sie von dem Principe der Gleichheit der Waffen ausgeht, daher auch die Mittel der Vertheidigung begünstigt u. s. w. Diese Begünstigung der Vertheidigung wird um so wichtiger, je mehr in neuerer Zeit (!) die Ansicht siegt, daß die Strafgesetzgebung auf Gerechtigkeit beruhen muß." (!!)

Sollte diese Ansicht wirklich erst in neuerer Zeit aufgekommen sein? Sollte nicht jedes Volk seine Strafgesetzgebung für gerecht halten? — Gewiß! Der Grund der wechselnden und in neuerer Zeit in Europa sich mildernden Strafen liegt ja offenbar darin, daß mit der Bildung die Ansichten darüber wechseln, welche Strafe für ein gewisses Verbrechen eine gerechte sei?

Ueberhaupt enthält die ganze Anleitung zur Vertheidigungskunst, neben manchen schätzbaren praktischen Winken, häufig Phrasen, wie dieß der Verfasser selbst wohl gefühlt zu haben scheint, indem er bei sehr vielen §§. sagt: „hier komme das Meiste auf den richtigen Takt des Vertheidigers an." Gleichwohl sind dann diese §§. mit Regeln angefüllt, die auf das „nicht zu viel und nicht zu wenig" hinauslaufen, z. B. der Vertheidiger muß Alles im günstigsten Lichte für den Angeschuldigten darstellen, aber — bei der Wahrheit bleiben u. s. w.

Durch diese Critik soll keineswegs der Werth der Mittermaier=

schen Arbeiten geleugnet werden.*) Ich habe diesen Schriftsteller nur gewählt, gerade weil er einen großen Werth und einen nicht zu verkennenden Einfluß auf die Methode der wissenschaftlichen Bildung und die Schriftstellerei gehabt hat. Ich gestehe es ganz offen: ich spreche aus Erfahrung!

Ich verehre in Mittermaier meinen Lehrer, dem ich unendlich viel verdanke, und habe mich früh in seine Werke hineinstudirt: ich war richtig, als ich in's Leben eintrat, von glänzenden Phrasen-Reminiscenzen vollgepfropft, bildete mir auch nach meinen wohlbehaltenen Gemeinplätzen ein sehr sicheres Bild von den Zuständen, Mängeln und Heilmitteln des Rechtszustandes, — nur Schade, daß dieß Bild mit der Wirklichkeit gar nicht stimmte, und ich die Heilmittel weder zur Anwendung zu präpariren, noch die kranke Stelle zu finden wußte. So verarbeitete ich sie denn rein in der Theorie, und es fiel mir sehr leicht, in dieser Manier auch zu schreiben.

Es hat volle 10 Jahre gedauert, ehe ich die Leerheit solcher geistigen Thätigkeit nicht bloß eingesehen, sondern ihr auch den Rücken gekehrt habe. Sollte ich da ganz besondere Erfahrungen gemacht haben? Ich glaube nicht. Wie es mir gegangen ist, wird es wohl vielen Anderen bei der bisherigen unfruchtbaren Lehrmethode auf unseren Universitäten gehen: man geräth leicht auf den Weg der Phrasen, weil er leicht und schimmernd ist. Ob aber jeden die Erfahrung des Lebens von diesem Wege noch zu

---

*) Die Gerechtigkeit fordert es, hinzuzufügen, daß die neuesten Werke Mittermaier's, insbesondere seine kleineren Abhandlungen, weit praktischer und klarer sind, und einen weit sicherern politischen Standpunkt verrathen, als seine früheren, großen systematischen Werke, denen er seine Berühmtheit verdankt. Ja man kann diese jüngeren Werke und kleineren statistischen und vergleichenden Aufsätze über strafrechtliche Fragen, Strafverfahren, Gefängniß-Einrichtungen u. s. w. ganz ausgezeichnet nennen, da sie auch von dem eben gerügten Fehler fast ganz frei sind.

rechter Zeit abbringt, das ist eine andere Frage, und deshalb halte ich eine ausdrückliche Warnung nicht für überflüssig.

Ein wunderbar schönes Beispiel der umgekehrten Art, ein wahrhaft geistreiches Werk bietet uns Humboldt in seinem Kosmos dar. Kein Gegenstand ist so geeignet, Phrasen darüber zu machen, als die physische Geographie und die Geologie nach den neueren Entdeckungen. Humboldt führt die Resultate alle vor unser Auge, und obgleich er dem Principe der Empirie huldigt, so weist er doch keine der Fragen ab, welche darüber hinaus liegen, aber ihre Lösung durch geistige Combinationen oder Analogien aus den empirischen Resultaten finden können. Er steigt in den leeren Himmelsraum und in die Tiefen der Erde, er steigt, wie auf einer magischen Doppelleiter, aus mühsam gesammelten Thatsachen zu ewigen Naturgesetzen hinauf, und von dem wirkenden Principe wieder zu scheinbar ganz fremdartigen, für sich unerklärbaren Erscheinungen herab. Er scheut die kühnsten Combinationen und Schlüsse nicht, er nimmt den höchsten Flug, aber — immer zu einem festen Ziele: er läßt uns nie in der Luft schweben.

Schon oben ist bemerkt, daß Phrasen gewöhnlich auf etwas Triviales hinauslaufen, häufig auf den Satz: man muß nicht zu viel, und nicht zu wenig thun, oder geben, oder sagen ꝛc., sondern — gerade das Rechte, m. a. W. man muß die Extreme meiden. Deshalb ist die Phrasen-Macherei in der Politik das System des juste-milieu. —

Ich weiß nicht, ob ich hier weiter schreiben soll und kann, weil bei diesem Capitel leicht alte Wunden zu bluten anfangen; und doch muß ich, weil ich hier gerade die besten Beweise für die Gefährlichkeit der Phrasen-Macherei und die Nützlichkeit meiner obigen Mahnung herbeischaffen kann.

Wie eng zunächst das System des juste-milieu mit der Phrasen-Macherei zusammenhängt, das hat die Geschichte Frankreichs

unter der Regierung Louis Philipps, des Trägers jenes Systems, deutlich genug gezeigt. Was hat diese Regierung, d. h. für das Volk, anders gehabt, als Phrasen? Eine ziemlich freisinnige Verfassung wurde gegeben, aber nur mit Phrasen erfüllt. Ungeheure Geldsummen wurden gefordert für die edelsten Zwecke; aber im compte rendu wurden die Zahlen nicht mit Urkunden, oder Thaten, sondern mit Phrasen belegt. Die Armuth darbte, die Freiheit seufzte, während die volltönendsten Phrasen jene halb im Ueberflusse leben ließen, und den Franzosen bewiesen, daß sie das freieste Volk auf der Welt seien.

In der Paulskirche hat die Sache den umgekehrten Gang genommen. Während in Frankreich das juste-milieu als Regierungs-Princip officiell hingestellt wurde, und die Phrasen-Macherei als nothwendige Folge hinterdrein kam, stellte man sich in der Paulskirche das schönste praktische Ziel, fast ein Ideal, verfiel aber auf dem Wege in Phrasen-Macherei, und gelangte deshalb nicht zum Ziele, sondern nur bis in die Mitte, d. h. bis zur „rechten Mitte" (juste-milieu), oder wie man mit einem leider nur zu wahren Wortspiele sagen könnte, bis zum rechten Centrum.

Ich glaube, man würde mit Unrecht sagen, auch in der Paulskirche sei Ursache und Wirkung die nämliche gewesen, wie in Frankreich: auch dort habe man das Ziel nicht erreichen wollen, sondern bewußt nur ein juste-milieu angestrebt, in Folge dessen dann die Phrasen-Macherei auch in die Paulskirche eingezogen sei. Ich glaube nicht, daß die Majorität der National-Versammlung aus Verräthern bestanden habe. Aber den Phrasen-Machern geht's wie den Lügnern: — sie glauben zuletzt an die Realität dessen, was sie sagen. Denjenigen Abgeordneten der National-Versammlung, welche nach ihrem ganzen früheren Leben als echt freisinnig gelten müssen, und in Frankfurt eine so traurige Rolle gespielt haben, ist offenbar die junge Zeit über den

Kopf gewachsen, und sie haben mit dem Kopfe auch den Muth verloren. Sie haben sicher immer die Freiheit, Einheit und Größe Deutschlands gewollt; aber sie haben geglaubt, mit schönen Worten Reactionairen das Schwerdt aus der Hand winden, Grenzen ziehen und Armeen besiegen zu können.

Wie oft haben die Männer des Fortschritts und der That, vorab Vogt, gemahnt, man solle endlich einmal mit den Phrasen aufhören und zur That schreiten! Vergebens, als bereits die bewaffnete Reaction — doch ich will nicht politisiren: ich wollte nur an das Gefährliche der Phrasenmacherei in Theorie und Praxis, in allen öffentlichen und Privat=Verhältnissen erinnern, um das Zeitgemäße der obigen Warnung zu rechtfertigen.

Mit geistreichen Phrasen ist auch unser Rechtszustand und das Bedürfniß der Gegenwart in dieser Beziehung nur zu oft abgehandelt, und deshalb stelle ich die ausgesprochene Warnung dagegen gerade der nachfolgenden kleinen Abhandlung über denselben Gegenstand voran.

Recht, Leben und Wissenschaft.

Der nachfolgende Aufsatz über Recht, Rechtsleben und Rechtswissenschaft hat zum Zweck, die große Kluft zu zeigen, welche zwischen der genannten Trias, die doch so eng mit einander verbunden und organisch verwachsen sein sollte, in Wahrheit besteht, wenigstens in den Ländern des gemeinen Rechts, und die Nothwendigkeit neuer Gesetzbücher und einer anderen Richtung der Rechtswissenschaft zu veranschaulichen. Juristen mögen ihn deshalb überschlagen, weil sie das Alles schon wissen werden. Wollte man aber überhaupt die Behandlung dieses Thema's für überflüssig halten, weil an der Wahrheit dessen, was hier zu beweisen unternommen werden soll, ohnehin kein Mensch mehr zweifle, so kann ich dem aus zwei Gründen nicht beipflichten. Einmal nämlich ist die Ueberzeugung von der fraglichen Wahrheit keineswegs eine allgemeine. Sodann aber fehlt es bei der ungeheuren Mehrzahl der gebildeten Laien, selbst wenn sie jene Ueberzeugung theilen sollten, jedenfalls an der Einsicht in die Lage der Sache, in die Größe des Uebels, um jener Ueberzeugung einen unwandelbaren Halt und die Kraft zum Durchdringen zu geben. In letzterer Beziehung insbesondere ist noch lange nicht genug geschehen, und kann, meine ich, des Catonischen caeterum censeo eingedenk, nie zu viel geschehen. Frühere Vorgänge und eigne Erlebnisse bestärken mich in der so eben ausgesprochenen Ueberzeugung: ja, es

ist so lange noch nicht genug über eine nothwendige Reform geschrieben, bis man die Reform wirklich erzielt, und nicht bloß das Versprechen ihrer Einführung hat, sondern sie selbst in Fleisch und Bein vor sich stehen sieht.

Weil ich für Laien schreibe, muß ich etwas weiter ausholen; glaube aber für Alle, die noch gar keinen Begriff von unserm Rechtszustande und dessen historischer Entstehung haben, die Versicherung vorausschicken zu müssen, daß die nachfolgende factische Darstellung keine neckische Fabel, sondern wirkliche Wahrheit ist; denn ein schlichter, durch lange Bekanntschaft mit dem heillosen Zustande noch nicht verwöhnter und verwachsener Verstand wird allerdings diese Wahrheit für unmöglich halten.

Was meinst Du wohl, lieber Leser, wer hat das Recht wohl gemacht, nach welchem Deine Rechtsverhältnisse beurtheilt werden, wenn Du lebst und wenn Du stirbst? Du antwortest vielleicht: „Das mag wohl schon lange her sein: das haben vielleicht schon die Kurfürsten vor 100 Jahren oder länger gethan.“ — Fehlgeschossen, es ist doch noch etwas länger her! Hast Du nun etwas von der peinlichen Gerichtsordnung Carl's V. gehört, so glaubst Du vielleicht einen recht großen Schritt zu thun, wenn Du diesen oder gar den Errichter des Landfriedens und des Kammergerichts, Maximilian, nennst. — Fehlgeschossen; immer weiter! — Jetzt frägst Du spöttisch: „nun wohl Carl der Große?“ — Fehlgeschossen! noch weiter! — „Aber, mein Gott, der war ja der erste deutsche Kaiser: vor ihm kann ja gar Niemand für Deutschland gültige oder passende Gesetze gemacht haben!“ — Fehlgeschossen, lieber Leser! Das ist es ja gerade, daß die Gesetze, nach denen wir leben, weder für Deutsche gemacht sind, noch für Deutsche passen; weder von Deutschen ersonnen, noch in Deutschem abgefaßt sind; weder den Deutschen bekannt, noch überall zugänglich sind; weder in sich verständlich und klar, noch neben den andren bestehenden Rechten anwendbar sind.

Kurz und gut, unser Rechtszustand und zunächst die Entstehungsgeschichte desselben ist in nuce folgende.

Als bei den alten Römern der Rechtszustand auch den allerhöchsten Grad der Verwirrung erreicht hatte, und kein Mensch mehr wußte, was denn eigentlich von den Hunderttausenden Kaiserlicher Rescripte, Magistrats-Edicte, Gutachten und wissenschaftlichen Untersuchungen der Juristen, altem, unpraktischen Priester- und neuerem, freien Volksrechte u. s. w. u. s. w. galt, — da war der Römische Kaiser Justinian, obgleich kein großes Genie, doch vernünftig genug, einzusehen, daß das nicht mehr so gehe, sondern das Volk und die Richter doch wissen müßten, woran sie eigentlich wären, und was als Recht gälte. Er ließ deshalb aus den Schriften der Juristen einen Auszug veranstalten, der das praktische Recht enthalten sollte, nicht aber in der Art, daß dieß Recht, wie wir es uns anders kaum denken können, in einem Systeme dargestellt wäre, sondern so, daß einige Hauptrubriken, z. B. Proceßrecht, Eigenthum, Servituten, Legate, Testamente u. dergl. aufgestellt sind, und unter diese Rubriken nun einzelne, abgerissene Aeußerungen der Juristen, welche diesen Gegenstand betreffen, oder nur entfernt dahin schlagende Fragen berühren, zusammenhanglos eingetragen sind, oft sogar an Stellen, wohin sie gar nicht gehören. Diese bedeutend dickleibige Compilation, unter dem Namen der Pandecten bekannt, wurde im Jahre 533 nach Christus als Gesetzbuch promulgirt zu Constantinopel für die Unterthanen des dort herrschenden Kaisers.

Zugleich wurde ein Auszug aus diesem großen Werke, eine Art compendiarisches Lehrbuch bearbeitet, das gleichfalls mit Gesetzeskraft versehen und im Jahre 533 publicirt wurde. Dieß sind die Institutionen.

Im folgenden Jahre ließ endlich Justinian eine schon früher veranstaltete Sammlung der Kaiser-Constitutionen neu revidiren und schloß mit diesem s. g. Codex den Kreis seiner Gesetzgebung.

Dieß Alles und noch eine ganze Reihe neuerer unter dem Namen Novellen bekannter Gesetze von späteren Kaisern (d. h. Byzantinischen resp. Römischen) bildet das bekannte Gesetzbuch, **Corpus juris** genannt.

Es scheint angemessen, bei den ungeheuer vielen Unzuträglichkeiten und Verkehrtheiten, welche mit unserm Rechtszustande verbunden sind, ehe ich das Mangelhafte und die Unanwendbarkeit der einzelnen geltenden Rechtsbücher oder Rechte entwickele, erst auf die allgemeine Confusion hinzuweisen, welche ganz von selbst aus dem Bestehen so vieler Rechte neben einander hervorgeht, also unsern Rechtszustand zunächst in dieser Hinsicht übersichtlich darzustellen, d. h. die einzelnen geltenden Rechtsbücher und Rechte aufzuzählen, so trocken dies auch sein mag. Es ist dieß zur Erkenntniß der Gebrechen unerläßlich.

Außer dem Corpus juris im eminenten Sinne (corp. jur. civilis oder Romani) haben wir zunächst noch ein, demselben in mancher Beziehung sehr ähnliches Werk und Gesetzbuch:

II. das s. g. Corpus juris Canonici. Auch dieß besteht aus mehren Theilen, die aber nicht einmal einem Verfasser, oder nur einem leitenden Redacteur angehören.

Der erste Theil, die Arbeit eines Benedictiner-Mönchs, Gratian, ist eine Sammlung schon geltender Staats- und insbesondere Kirchengesetze, von den ältesten Zeiten an, die im Jahre 1151 vollendet wurde, und von keinem Gesetzgeber, sondern nur durch das Ansehen, welches sie sich erwarb, Gesetzeskraft (nämlich die Sammlung als solche) erhielt.

Der 2te Theil, die s. g. Decretalen, enthält dagegen publicirte Gesetzsammlungen, nämlich eine Sammlung von Gregor IX. im Jahre 1234 publicirt, eine Decretalen-Reihe von Bonifaz VIII. 1298 publicirt, und eine Sammlung von Concil-Beschlüssen und päpstlichen Verordnungen, von Clemens V. im Jahre 1313 publicirt.

Anhangsweise existiren auch hier, den neuesten Kaiser-Novellen

im Corp. jur. civilis vergleichbar, noch einige neuere Decretalen, bis ins 15te Jahrhundert hineinreichend.

Den beiden ebengenannten voluminösen Gesetzbüchern, beide in Lateinischer*) Sprache geschrieben, beide auf der Anschauung Lateinischer Lebensformen**) vor einem Jahrtausend beruhend, steht als große Hauptmasse entgegen

III. das s. g. Deutsche Privatrecht, ein ungeschriebenes***) Recht, welches Aufschluß über die ureignen Rechtsinstitute Deutscher Nation gibt, und deren Umbildung oder Weiterbildung unter der Macht der Zeitverhältnisse und dem Einflusse des Römischen Rechts bis auf die heutige Zeit nachweist.

Außer diesen, die ganze Privatrechts-Sphäre des Menschen umfassenden Rechtsquellen, besitzen wir endlich noch für ein einzelnes, in früheren Zeiten unendlich wichtiges Rechtsinstitut ein besonderes Gesetzbuch,

IV. den liber feudorum (das Lehnrecht). Dieß ist eine ähnliche Compilation, wie die Justinian'sche Zusammenstellung der Pandecten, im 13ten Jahrhundert in Norditalien bei einem deutschen Stamme, den Longobarden, entstanden und in Lateinischer Sprache verfaßt. Ausdrückliche Gesetzeskraft ist dieser Sammlung nie vom Gesetzgeber beigelegt; sie erhielt durch Gebrauch gesetz-

---

*) Wenigstens zum bei Weitem größten Theile. — Einige Gesetze sind in Griechischer Sprache abgefaßt.

**) Wenn das Corp. jur. Canonici auch Entscheidungen über Rechtsfragen, die in Deutschland auftauchten, enthält, so beruht doch die Entscheidung immer auf der Rechtsanschauung des Römischen Papstes und den, in den südeuropäischen, der Römischen Bildung als Römische Provinzen gefolgten Reichen, Frankreich und Spanien, herrschenden Ansichten und Bedürfnissen. Die wegen der Germanischen Bestandtheile in diesen Ländern (Einwanderung) im Corp. jur. Canonici sich findenden Spuren Germanischer Rechtsanschauung sind sehr schwach, so daß der im Texte ausgesprochene Gegensatz im Ganzen gar nicht alterirt wird.

***) Die Deutschen Reichs- und Bundesgesetze, die einzige vaterländische Rechtsquelle, aus der geschriebene Gesetze flossen, behandeln das Civilrecht so stiefmütterlich, daß sie fast gar keine Ausbeute gewähren.

liches Ansehen, ward dem Römischen Corpus juris als eine 10te Collation angeheftet, und mit ihm auch in Deutschland als Gewohnheitsrecht recipirt.

Dieß sind also die verschiedenen Rechte, wonach wir leben, und die man mit dem Kunstnamen „das gemeine deutsche Recht" belegt hat, womit man sagen will, daß dieß Recht überall in Deutschland zur Anwendung kommt, wo nicht erweislich ein anderes Recht den Vorzug hat.*)

Zunächst ist auf das Nachtheilige des bloßen Bestehens dieser mehren Rechte neben einander aufmerksam zu machen.

Wären dieselben durch eine gesetzgebende Gewalt nach einander eingeführt, so würde sich der Gesetzgeber wohl über das gegenseitige Verhältniß ausgesprochen haben. Dem ist aber nicht so. Wir haben hinsichtlich der verbindenden Kraft jener Rechte nur den einen gesetzgeberischen Ausspruch (in Reichs- und Bundes-Gesetzen), daß das gemeine Recht als gültiges anerkannt wird. Geltend ward es aber nicht durch gesetzgeberische Publication, sondern durch freiwillige Aufnahme von Seiten der Nation**), durch Reception, also als (geschriebenes) Gewohnheitsrecht.

Dadurch sind viele Zweifel entstanden, welche die Cardinalfrage berühren: was ist denn nun eigentlich als Gesetz recipirt?

Das Römische Recht ward recipirt, wie es im 11ten und 12ten Jahrhundert in Italien wieder auflebte; gerade so, denn einen anderen Text kannte man damals noch nicht (quod non agnoscit glossa, nec agnoscit curia). Manche der ursprünglich Griechi-

*) So hat jede Landesgesetzgebung, und in dieser wieder jedes auf einen engeren Kreis berechnete Gesetz den Vorzug: „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeinrecht." — In Staaten, welche das gesammte Recht durch ein Landrecht codificirt haben, hat das s. g. gemeine (Römische) Recht gar keine Gültigkeit mehr, z. B. in Preußen und Oesterreich.

**) Wie das „freiwillig" und „Nation" zu verstehen ist, das wird die weitere Ausführung ergeben. Vgl. auch Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 66—79.

schen Gesetze hatte man damals in Lateinischer Uebersetzung, und es ist nun eine große Streitfrage: ob der Griechische Original-Text, oder die Lateinische Uebersetzung in Zweifelsfällen entscheidet?

Der Original-Text sagen Einige, denn man wollte ja eben das Justinianische Recht haben. Nein, sagen Andere*), denn man konnte ja eben nichts anderes recipiren, als was man kannte. Man kannte aber nur die Lateinische Uebersetzung.

Ebenso geht es mit den Gesetzen, welche in den Abschriften der Justinianschen Gesetzbücher fehlten, die zufällig den Glossatoren, d. h. den Männern, welche sich zuerst mit Wiederbelebung des Römischen Rechts in Italien vor etwa 800 Jahren beschäftigten, zu Gebote standen, die jetzt aber in allen Ausgaben des Corpus juris aus neu aufgefundenen Hülfsquellen abgedruckt stehen, — mit den s. g. leges restitutae, sowie den, von den Glossatoren dem Codex beigestreuten Auszügen aus den neuesten Kaiser-Novellen und den Noten, welche die ersten Glossatoren dem Gesetzestexte beifügten, die also von ihrer Auffassung des Textes Zeugniß geben.

Ueber dieß Alles wird gestritten, ob es Gesetzeskraft habe oder nicht.

Ein weit schlimmeres Dilemma aber entsteht aus dem gegenseitigen Verhältnisse der einzelnen Rechte unter einander. Wie soll es gehalten werden, wenn sie sich widersprechen? Die Frage gilt für die Widersprüche der einzelnen Theile eines und desselben Gesetzbuches, wie für Widersprüche der Gesetzbücher unter einander.

Für den ersten Fall hat die Wissenschaft ziemlich befriedigende und allgemein anerkannte Regeln aufgefunden. Widersprüche des Römischen und Canonischen Rechts sind dagegen nicht so leicht zu lösen. Manche behaupten frischweg, dem Päpstlichen Rechte,

*) Savigny, System I. § 17.

als dem jüngeren gebühre der Vorzug. Allein wenn auch das Päpstliche Recht seiner Entstehung nach jünger, als das Römische ist, so fällt dessen Reception doch so ziemlich mit der Reception des Römischen Rechts zusammen. Und da frägt sich eben, in welchem Verhältnisse hat die Nation die beiden Rechte recipirt? Und gesetzt auch, das Römische Recht habe sich im 12ten*) Jahrhundert schon einigermaßen festgesetzt, als die Decretalen-Sammlungen bekannt wurden, und sich auch Eingang verschafften, so bleibt doch dieselbe Frage stehen: wie hat die Nation dieß neuere Recht recipirt? Mit der Absicht, jede Satzung unbedingt anzunehmen, auch wenn sie das soeben recipirte Römische Recht sofort wieder aufhöbe? Das ist an und für sich unwahrscheinlich. Diese Sache ist aber schon von bedeutender Wichtigkeit. Römisches und Canonisches Recht widersprechen sich oft in Rechtsfragen, die alle Tage vorkommen, wie z. B. über den guten Glauben bei der Ersitzung und über das Zinsennehmen.

Das eigentliche Elend beginnt aber erst bei der Collision zwischen Römischem und Deutschem Rechte. Hier herrscht so großer Zweifel über die Grenze, hier sind so corrupte Ansichten aufgestellt, hier hat sich die schmachvollste Seite der Deutschen, Verleugnung der eignen Nationalität, mit solch einer widersinnigen Wuth geltend gemacht, daß diese Partie der Deutschen Rechtsgeschichte weder glaublich erscheint, noch die damit dem Deutschen Volke geschlagenen Wunden, die täglich seit fast 800 Jahren eitern, je verharrschen können, wenn nicht eine Radical-Cur eingeschlagen wird.

Römisches und Deutsches Recht stehen nämlich in einem solchen Widerstreite mit einander, wie er kaum größer gedacht werden kann, worüber unten, bei der Darlegung der Nachtheile, die aus dem Inhalte der jetzt geltenden Rechte entstehen, mehr ge-

*) Als geschehen kann die Reception erst mit dem Anfange des XV. Jahrhunderts betrachtet werden.

sagt werden wird. Eines mußte also im Anfange weichen, da eine Amalgamirung beider und eine Umbildung der Rechtsinstitute nach den Einflüssen beider erst im Laufe der Jahrhunderte eintreten konnte. Da waren nun die Juristen, welche überhaupt das Römische Recht nach Deutschland verpflanzten und ihre nächsten Nachfolger, unpatriotisch, lieblos und speichelleckerisch genug, das neu erlernte Römische Recht in seiner Reinheit und unvermittelt auf die ganz fremdartigen Deutschen Verhältnisse anzuwenden, die letzteren in eine Zwangsjacke zu stecken, und so der ewigen Gerechtigkeit wie der ganzen Nation in's Gesicht zu schlagen, daß es blutete.

Die Kundigen des Deutschen Rechts, die Schöffen, die ungelehrten Gerichtsbeisitzer, die Schriftsteller verschwanden aus der Theorie und Praxis und die Römischen Doctores juris beherrschten allein und ausschließlich das ganze Deutsche Rechtsleben. Aber Volk und Volkssinn läßt sich nicht modeln und zuschneiden nach dem Gutdünken einiger Beamten hinter dem grünen Tische, oder nach Büchergelehrsamkeit. Da kann man wohl quälen und kreuzigen, Glieder abschneiden und dem natürlichen Kreisen der Säfte Schranken setzen: das nationale Element, der frische Volkstrieb treibt immer wieder neue Sprößlinge, findet immer wieder neue Bahnen! — Aber welch ein Zustand, wenn den stets Deutschen Rechtsformen und Rechtsgeschäften ebenso consequent stets Römische Gesetze angepaßt wurden, wenn über die bloßliegenden Nerven des Volks unbarmherzig immer mit eiserner Hechel hingefahren wurde!

Schon war es dahin gekommen, daß von einem Deutschen Rechte auch nicht einmal dem Namen nach mehr die Rede war. Nur Römisches Recht ward auf den Hochschulen Deutschlands gelehrt, und so, sollte man meinen, hätte die letzte Spur Deutscher, nationaler Rechtsbildung verloren gehen müssen. Aber die Unnatur hat kein Bestehen.

Vor 150 Jahren endlich, also nachdem 5 lange Jahrhunderte hindurch nur Römisches Recht gelehrt und dem Volke aufgedrängt war, nachdem dieß Recht nun bereits wirklich angefangen hatte, Wurzel zu schlagen, und die Rechtsinstitutionen und Rechtsgeschäfte zu modificiren, da sah man ein, daß es doch unmöglich sei, wider den Strom zu schwimmen, daß die Wirklichkeit ihr Recht habe, und ein ewig denkwürdiger Mann, Georg Beyer zu Wittenberg, unternahm es, im Jahre 1707 das Deutsche Recht wieder auf den Katheder zu bringen.*) Weit entfernt aber, daß dadurch das Deutsche Recht wieder in sein altes Recht eingesetzt, und eine vernünftige Rechtseinheit erzielt wäre, begann jetzt der Kampf erst recht von Neuem. Denn während bis dahin die Richter Alles über den Kamm des Römischen Rechts schoren, also wirklich eine Art Rechtseinheit, wenigstens in der Theorie und in den zur Aburtheilung kommenden Fällen erzwangen, so begann nun ein wirklicher und als solcher sich offen ankündigender Dualismus im Rechte, da sich seine Lehrer und Pfleger in Romanisten und Germanisten schieden, welche beide mit gleicher Einseitigkeit nur das eine oder das andere Recht gelten lassen wollten, ohne zu bedenken, daß das Römische Recht durch eine 500jährige Anwendung bereits wirklich Eingang gefunden hatte, und wirklich berechtigt war. Es begann eine trübe Zeit des Kampfes, eines unfruchtbaren, gehässigen Kampfes, bei dem der ewig leidende Theil, wenn sich Zwei um die Herrschaft streiten, das Volk, allein litt.

---

*) Allerdings war auch vorher auf den Universitäten die Rede davon; denn Manches, z. B. das Gesammteigenthum, die Erbverträge u. dergl. war doch nicht zu übersehen. Allein es geschah dieß als usus modernus bei den Pandecten-Vorlesungen, wodurch also die Sache auf den Kopf gestellt wurde. Man sagte nämlich, in diesen oder jenen einzelnen Bestimmungen werde heute das Römische Recht nicht mehr rein, sondern durch abweichenden Gebrauch so und so angewandt.

Die Männer, die das Deutsche Recht aus dem Dunkel hervorgezogen, wurden von den Romanisten wie halbe Barbaren betrachtet*) und man sah mitleidig mit wissenschaftlichem Hochmuthe auf sie herab. Die geschmähten Germanisten dagegen machten den Gegnern den Vorwurf, daß sie das nationale Eigenthum, noch dazu das geistige, einem fremdländischen Eindringlinge opferten, daß es wahrlich keinen großen Scharfsinn verriethe, ganz verschiedene Rechtsverhältnisse nach einem nicht darauf passenden Rechte beurtheilen zu wollen, und daß die affectirte oder wirkliche Verachtung des vaterländischen Rechts nur aus dessen Unkenntniß resultire.

Doch in den Gerichten behielt das Römische Recht fortwährend die Oberhand. Es wurde dieß Recht als das eigentlich geltende, zunächst überall anzuwendende betrachtet, und man glaubte schon große Concessionen zu machen, wenn man den Beweis eines ausnahmsweise geltend gebliebenen Deutschen Reichsinstituts oder Deutschen Rechtssatzes zuließ**).

Nur im Stillen blühte die Cultur des nationalen Rechtes fort. Die vermehrte Spannkraft alles dessen, was unterdrückt wird, machte sich auch hier geltend, die besten Geister der Nation wandten sich der neuen, mühseligen Arbeit zu. — Und wahrlich, ihnen kann nicht genug Anerkennung gezollt werden. Es muß

---

*) Petr. de Andlow sagt z. B. in seinem Werke de imp. Rom. Germ. lib. II. cap. 16: Quid dicam de legum aequissimarum jurisque scripti observatione, quae fere nulla est, sed jure incerto vivitur et in multitudine illiterata, quod unicuique sui arbitrii discretione visum est, id in judiciis vim legum obtinere volunt.

) Der Salzdahl. Landt.-Abschn. von 1597 im Art. 32 sagt: daß man sich nicht allein im Proceß, sondern auch in Entscheidung der Sachen der gemeinen kaiserlichen, aber nicht der Sachsenrechte, denn alleine woferne in diesem Fürstenthum eine sonderliche Ordnung, Statutum oder Gewohnheit dem Sachsenrecht gemäß vorhanden und **zu beweisen, bedienen solle.

fürwahr ein schwerer Entschluß gewesen sein, von dem Römischen Rechte zum Deutschen überzugehen. Jenes, durch mehrhundertjährige Verarbeitung der geistreichsten Männer des Alterthums in ein abgerundetes System gebracht, mit logischer Schärfe ausgebaut und zu einer wissenschaftlichen Durchsichtigkeit getrieben, hat etwas Blendendes, Anziehendes und sein Studium muß den geistreichsten Kopf befriedigen, und zu immer weiterer Entwickelung anreizen. Was bot dagegen das Deutsche Recht vor 100 Jahren dem Lernbegierigen dar? — Eine Masse der unzusammenhängendsten, scheinbar willkührlichsten und verworrensten Rechtssätze, in welche oft kein System zu bringen schien; unausgebildete Rechtsbegriffe, die der Gegenwart längst nicht mehr genügten; rohe, theilweise*) wirklich empörende Anschauungen und Bestimmungen, von welchen sich das Christliche Jahrhundert mit Abscheu abwandte; ein Proceßverfahren, von dessen möglicher Wiederherstellung sich Niemand träumen ließ; — das war der Stoff, um den es sich handelte, und er wurde nicht etwa geboten in einem leicht zugänglichen Gefäße, wie das allumfassende Corpus juris mit seinen Glossen und seiner Litteratur, die sich eng an die Legal-Ordnung anschloß, also überall leicht nachgeschlagen werden konnte. Zur Erkenntniß und Wiederbelebung des Deutschen Rechts mußte systematisch in allen Archiven Deutschlands und bei anderen Völkern Germanischer Abkunft nach demjenigen gesucht werden, was ein glücklicher Zufall den Romanisten für *ihre* Materie durch Wiederauffindung der Pandecten-Handschrift und in neuester Zeit des Gajus ꝛc. in die Hände gespielt hatte. Es war mit dem Durchlesen des Sachsen- und Schwaben-Spiegels nicht gethan: es mußten die alten Stadt- und Landrechte aufgesucht, und verglichen, alte Gewohnheiten erforscht, die Aufzeichnungen der alten Schöffen studirt, die Deutsche Rechtsgeschichte — ein *ganz* brach

*) z. B. im Criminalrechte.

liegendes Feld — zum Verständniß der Rechtsquellen angebaut, die Altdeutschen Mundarten und die Mönchsschrift erlernt wer= den u. s. w. u. s. w., um nur geringe Resultate zu erzielen, um den Weg nur anzubahnen.

Und dennoch schlugen strebsame Männer, welche die tiefere Wurzel des unnatürlichen Zustandes und das einzige Heilmittel erkannten, diesen dornigen Weg ein, und ebneten ihn so rasch, daß noch vor Ablauf des ersten Jahrhunderts nach dieser neuen Epoche das bis dahin unerhörte Axiom aufgestellt werden konnte, das Deutsche Recht habe noch immer seine volle Berechtigung neben dem Römischen, und bei Instituten rein deutschen Ursprungs komme ausschließlich, oder doch zunächst das Deutsche Recht zur Anwendung.

Damit war dem nationalen Rechte wieder Boden gewonnen. Der Kampf entbrannte jetzt freilich am heftigsten, weil die eingefleischten Romanisten wohl einsahen, daß mit Anerkennung jenes Princips der Schlußstein ihres Gebäudes ausgehoben werde, wodurch der gänzliche Verfall eine Nothwendigkeit wurde. Aber die Heftigkeit des Kampfes führte, wie bei jedem Kampfe, um so eher die Ent= scheidung herbei. Auch die Germanisten spannten ihre Forderun= gen höher, weil ihre Wissenschaft seit dem Anfange des 19ten Jahrhunderts riesige Fortschritte gemacht, und sich dabei heraus= gestellt hatte, daß noch weit mehr nationales Recht im Volke lebte, als man dachte, ja daß vom Römischen Rechte eigentlich nur die allgemeinen Rechtsbegriffe und einige Rechtssphären, z. B. das testamentarische und Intestat=Erbrecht, der Eigenthums=Begriff, die Contracte u. s. w. recipirt waren, daß aber fast alle besonde= ren deutsch=rechtlichen Institute, wie die Erbverträge, die Reallasten, das Samnteigenthum, das ganze Bauernrecht u. s. w. in ihrer ursprünglichen Reinheit, oder mit geringen Modificationen noch bestanden, und nie aufgehört hatten.

Es war eine Selbstfolge dieser Erkenntniß, daß man nun

völlige Gleichberechtigung des Deutschen Rechts mit dem Römischen verlangte. Es war dabei natürlich nicht die Absicht, das Altdeutsche Recht, etwa wie es der Sachsenspiegel enthält, in seiner Gesammtheit wieder zur unmittelbaren Entscheidungsquelle zu machen. Damit wäre man in denselben Fehler, in das entgegengesetzte Extrem, wie die alten Romanisten, gefallen: man hätte die Thatsachen ignorirt, und einer Theorie zu Liebe die Wirklichkeit geopfert, das Volk mißhandelt. Die historische Schule der Romanisten leitete ihrem Wesen nach hier auf den rechten Weg. Ihr Princip war, das Recht geschichtlich zu ergründen und zu begrenzen. Ein nicht unbedeutender Theil der Jünger dieser Schule, der sich selbst zu enge geistige Schranken zog, gerieth dabei freilich auf den Abweg, die Rechtsgeschichte für das geschichtliche Recht zu halten. Der Meister aber, Savigny, hielt sich bei diesem fast allgemeinen Schiffbruche glücklich über den Wogen, und sprach es aus, daß die geschichtliche Schule das als Recht anerkennen müsse, was im Laufe der Geschichte entstanden, aus der Fremde eingewandert, umgebildet, oder vom alten ursprünglichen Rechte übergeblieben und gerettet war. Mehr hatten die vernünftigen Germanisten nie gewollt, und auf einer Versammlung von Germanisten zu Lübeck im Jahre 1847 ward der Bund besiegelt, in dem fortan beide Richtungen aufgehen. Dem nationalen Rechte ward sofort ein bedeutungsvoller Tribut gezollt: der Vorzug der Geschwornengerichte und das Wünschenswerthe ihrer Wiedereinführung ward anerkannt.

Diese Wiedervereinigung, diese Erkenntniß des wahren Rechtszustandes der Nation ist das glänzendste Resultat Deutscher Rechtswissenschaft.

Aber die Nation selbst ist dadurch noch nicht aus dem Dilemma herausgekommen. Ihr Fluch ist das Bestehen der feindlichen Rechte nebeneinander. Der Streit ist nur von den Rech-

ten (Rechtsnormen) auf die Rechtsverhältnisse übertragen. Man ist jetzt so ziemlich darüber einig, daß Römisches Recht, oder Deutsches Recht, oder beides zusammen, wenn sich neue Rechtsverhältnisse unter dem Einflusse beider gebildet oder alte ebenmäßig umgebildet haben, völlig gleichmäßig zur Anwendung kommen kann. Es soll jedes Rechtsinstitut, und jedes einzelne Rechtsverhältniß eben nach demjenigen Rechte beurtheilt werden, dem es entsprungen ist und seiner Natur nach angehört, unter Berücksichtigung natürlich des umbildenden Einflusses der Zeit und des anderen, daneben bestehenden Rechtes. Daß dieß theoretisch das richtige Princip ist, kann gar nicht bezweifelt werden. Aber es ist ganz unendlich schwer, zu entscheiden, welchem Rechtsgebiete ein vorliegendes Rechtsverhältniß denn eigentlich angehöre, und wieviel die Zeit und das andere Rechtsgebiet daran geändert habe. Das ist oft von der Wissenschaft kaum zu ermitteln, die entgegengesetztesten Meinungen stehen sich gegenüber: wie soll da der Richter, der doch nicht einmal immer auf der Höhe der Wissenschaft steht, wie soll vollends der Laie da das Rechte treffen? Der erstere wird nach wie vor den Rechtsverhältnissen leicht Zwang anthun, und ein unpassendes Recht anwenden; der letztere läuft Gefahr, seine Intentionen nicht realisirt zu sehen, weil er das Institut nach dessen Character im Leben auffaßte, welches der Richter nicht kennt, und deshalb einer grauen Theorie opfert.

Der feindliche Dualismus besteht noch: hat ihn die Wissenschaft besiegt, so ist er doch aus dem Leben nicht verschwunden, und gerade da, wo die Gefahr allein droht, beim streitigen Rechte, tritt das Uebel alle Tage hervor, da unsere Gerichtsverfassung dem Leben entfremdet ist und das Römische Recht aus natürlichen Gründen begünstigt.

Das also ist unser Recht. Wie verhält sich dagegen nun das Leben? — Bei der Untersuchung darüber wird auch die oben einstweilen ausgesetzte Frage über den Inhalt der angeführten Gesetze und Rechte ihre Erledigung finden.

Das Römische Reich war, als sich das im Corpus juris enthaltene Gesetz bildete, ein Weltreich auf der höchsten Stufe des Luxus, wo alle Lebensverhältnisse im höchsten Grade ausgebildet erschienen, und deshalb auch das Recht bis in die kleinsten Details ausgebildet werden mußte. Aber diese Bildung geschah eben nach den Bedürfnissen, Eigenheiten und Anschauungen der Römischen Welt vor fast 2000 Jahren. Die Römer rissen sich nicht von ihrer Geschichte los, und deshalb behielt das Römische Recht immer einen nationalen Charakter. Dasselbe setzte sich sogar zum großen Theile an althergebrachte, unpraktische Formen an, und es ist eine unumstößliche Wahrheit, daß sich Form und Inhalt gegenseitig bedingen und bestimmen. — Insbesondere zogen sich durch das Römische Recht die Ideen von libertas und servitus, stricti juris und bonae fidei negotiis, väterliche Gewalt, Einflußlosigkeit der Ehe auf das Vermögen, Untheilbarkeit des Eigenthums, und hereditas. Das ganze Römische Staatsleben war mit auf die Sklaverei basirt. Der Sklave war aber lediglich Sache, Objekt des Eigenthums. Er hatte weder connubium noch commercium, d. h. er konnte weder eine gültige Ehe schließen, noch Eigenthum erwerben: Alles, was er erwarb, erwarb er eo ipso seinem Herrn.

Das dasjenige, was die Parteien beabsichtigten, nun auch wirklich in's Leben trat, war eine Folge, die nur bei den negotiis bonae fidei eintrat. Bei den stricti juris negotiis kam Alles auf Worte an: sie entschieden darüber, ob der verletzte Theil, wenn er klagen mußte, verlor oder gewann. Auch im letzteren Falle wurde ihm aber keineswegs das zu Theil, was ihm eigentlich gebührte, d. h. eine vollständige Entschädigung: Zinsen wurden dabei nie vergütet.

Der Vater war unumschränkter Gebieter seiner Familie: er hatte das Recht über Leben und Tod; das Kind konnte, wie der Sklav, kein Vermögen haben. Aenderte sich dieß nun gleich so

bedeutend im neueren Römischen Rechte, daß das Princip ganz aufgehoben wurde, so konnte doch die väterliche Gewalt nur mit Willen des Vaters aufgehoben werden, und es gab Hausföhne, die Großväter waren.

Die Ehe war ein Band, das bei den Römern Anfangs allerdings auf der höchsten Sittlichkeit beruhete, obgleich die Frau in die Gewalt des Mannes kam. Aber die Sitte und die Gewalt, wodurch die Ehefrau in des Mannes Familie kam, verschwand, und die s. g. freie Ehe trat an ihre Stelle. Auf das Vermögen blieb sie ganz ohne Einfluß: nur besondere Verträge konnten dem anderen Ehegatten Rechte über bestimmte Vermögenstheile einräumen, und so stand im Römischen Rechte, wie es nach Deutschland kam, der Ehegatte, der ein halbes Leben hindurch die Lasten der Ehe getragen hatte, nach dem Tode des vermögenden Theiles verlassen und hülflos da, wenn die Kinder, die er erzeugt und groß gezogen hatte, vielleicht im Ueberfluß schwelgten. Nur im Falle gar kein Erbe sich auf der ganzen Welt finden wollte, war der überlebende Ehegatte seit dem prätorischen Erbsysteme erbberechtigt; und die Griechischen Kaiser gaben der armen Wittwe ein Erbrecht an einem geringen Theile des Nachlasses.

Das Eigenthum erschien den Römern als eine Einheit, mit deren Wesen es unvereinbar sei, Mehrere als Herren zu betrachten. Zwar führte sie das praktische Bedürfniß mit Nothwendigkeit dahin, ein Eigenthums-Verhältniß Mehrerer an derselben Sache zu statuiren; denn es gab zu viele Entstehungsgründe eines offenbar gemeinschaftlichen Eigenthums, z. B. Erbgang, Vermischung u. dergl. Allein, um ihrem Begriffe der Ausschließlichkeit des Eigenthums treu zu bleiben, ließen sie bei gemeinschaftlichem Eigenthum sofort Theile, wenn auch nur ideelle, an der betreffenden Sache entstehen. Die Idee eines Gesammteigenthums, wobei einem Jeden die ganze Sache gehört, war ihnen fremd.

Das Erbrecht endlich war ihnen eine Universal-Succession,

so daß demjenigen, der nur eine Sache erbte, nothwendig das ganze Vermögen, nichts davon ausgeschieden, zufiel. Das neueste Recht stellte 4 Klassen von Erbberechtigten auf, ohne dem Geschlechte irgend einen Einfluß einzuräumen, nämlich 1) Descendenten, 2) Ascendenten und vollbürtige Geschwister, 3) halbbürtige Geschwister, 4) alle übrige Seitenverwandte nach der Nähe des Grades. Des beschränkten Erbrechts der Ehegatten ist oben Erwähnung gethan.

So beschaffen und auf solche Zustände berechnet fiel das Römische Recht wie ein Aerolith in das Deutsche Leben des 13ten und 14ten Jahrhunderts.

Dasselbe hatte zwar nicht eine übergroße Mannigfaltigkeit an Rechtsgeschäften, aber ein desto frischeres nationales Gepräge, mit den kräftigsten Zügen gezeichnet, die nur der ausführenden Hand warteten, um sich bei steigender Cultur und zunehmenden Verkehrsbeziehungen zu der herrlichsten Mannigfaltigkeit zu gestalten und zu gliedern.

Das Ständerecht und die Gemeinde-Verfassung trat hier als ein ganz besonders lebenskräftiges Element hervor. Es gab zwar Sklaven, aber doch mit Menschenrechten; sie waren zu Eigenthum und wahrer Ehe fähig. Ein Stand aber, auf dem Jahrhunderte lang fast die ganze Staatslast allein ruhte, und der jetzt der Träger des Wohlstandes und National-Reichthums ist, der Bauernstand, mit seiner vielgliedrigen Abhängigkeit, mit seinen zahllosen Rechtsgewohnheiten und Hofrechten, fehlte den Römern ganz.

Die Rechtsgeschäfte und ihre Formen waren einfach und streng bindend. Treu und Glauben galt überall, daher auch jeder Contrakt klagbar war. Ueber Erbe (Grundeigenthum) ward in der Gemeinde-Versammlung verfügt, so daß die Uebertragung sicher und von Zeugen stets zu beweisen war.

Eine eigentliche väterliche Gewalt, wie im Römischen Rechte, war in Deutschland wohl nie bekannt; wenigstens konnte das

Kind sie lösen, wenn es zu seinen Jahren gekommen war: der Sohn durch Aufschlagung seines eigenen Haushaltes, die Tochter durch Verheirathung.

Die Ehe war (und blieb) auch hier ein streng sittliches Verhältniß, und die Frau, als der schwächere, unerfahrenere Theil ging in das mundium (Schutzverhältniß) ihres Ehemannes über. Aber sie ward dadurch auch für immer versorgt: sie hatte unter allen Umständen ein Erbrecht. Früh bildete sich die Gütergemeinschaft aus.

Denn ein ungetheiltes Eigenthum in den Händen Mehrer (Sammteigenthum) war dem Deutschen Rechte ein geläufiger Begriff, der namentlich bei den Gütern der Gemeinden von jeher bestand, und mit der Innigkeit des Familienlebens im Zusammenhange stand. Man nimmt zwar an, daß die eigentliche eheliche Gütergemeinschaft erst nach Römischen Analogien sich gebildet habe, also nach Bekanntwerdung des Römischen Rechts; allein abgesehen von dem Unwahrscheinlichen, daß das Römische Recht die Ursache der Entstehung eines dem Römischen Begriffe diametral entgegengesetzten Institus geworden sein sollte, so weisen auch andere Eigenthümlichkeiten des Deutschen Rechts, wie das Einspruchsrecht der Verwandten bei Verkäufen, die gesammte Hand im Lehnrechte u. s. w. auf ein Familien-Eigenthum hin.*)

Am Abweichendsten waren die, dem ganzen Dasein eines jeden Volkes eine sehr bestimmte Färbung gebenden, mit National-Sitten und Eigenthümlichkeiten auf das Innigste verwebten Erbverhältnisse. Die Einheit der Römischen **hereditas** und ihr ungetheilter Uebergang auf den oder die Erben fehlte hier gänzlich.

---

*) Obgleich es für manche Gegenden Deutschlands aus erhaltenen Statuten u. dergl. nachweisbar ist, daß die Ehegatten einerseits kein gegenseitiges Eigenthumsrecht an dem beiderseitigen Vermögen hatten, andererseits daß ihnen ein wirkliches Erbrecht zustand.

Bei dem Tode eines Menschen zerfiel umgekehrt dessen ganzes Vermögen in viele Theile, mit verschiedenen Rechten und Pflichten für die Berechtigten, welche sehr verschiedene Personen waren. Das Geschlecht des Erblassers und die Natur des Objekts bestimmte den Erbberechtigten. Bei einem Manne zum Beispiel fiel das Grundeigenthum und das Heergewette (Rüstung und Waffen) dem nächsten männlichen Erben zu, das übrige Vermögen zunächst den Descendenten ohne Unterschied des Geschlechts, die Frau bekam einen gewissen Theil der Güter u. s. w.; bei dem Tode einer Frau fiel das Niftelgeräthe (weiblicher Schmuck u. dergl.) an die nächste weibliche Verwandte, das übrige Vermögen wurde dagegen nach den eben angegebenen Grundsätzen vertheilt. So beim Allod. Hatte daneben der Erblasser Lehngüter, so folgten verschiedene Personen in diese und jene, und (gewöhnlich oder doch häufig) repräsentirten den Erblasser nicht Alle.

Schon diese gezogenen Paralell-Linien zeigen den totalen Gegensatz des Römischen und Deutschen Volks- und Rechts-Lebens. Andere Gegensätze hängen weniger mit den hervorstechendsten Seiten der ganzen National-Bildung zusammen, fallen aber wegen ihres täglichen Vorkommens im gewöhnlichen Verkehre eben so schwer in die Waagschale. Dieß gilt z. B. vom Pfandrechte und von den Reallasten. Jenes war in Deutschland nur als Faustpfand bekannt, welches den Besitzer absolut sicherte. Das Römische Recht mit seinen unsichtbaren Hypotheken, unter denen sich dann wieder noch stillschweigende und privilegirte befanden, durchlöcherte den Credit gänzlich.

Das Römische Recht kannte keine dingliche (d. h. gegen jeden Dritten wirksame) Rechte, die zu einem Thun verpflichteten, und seine Servituten-Lehre war in bestimmten Formen völlig abgeschlossen. — Das Deutsche Recht bot in seinen Reallasten eine unendliche Mannigfaltigkeit dar und stellte hier den Grundsatz an die Spitze, daß dieselben in einem Thun beständen; so beim

census, bei den Dienſten und mittelbar auch bei dem Zehnten. Eine ganz beſondere Form, der mannigfaltigſten Abſtufung fähig, fand ſich bei dem Bauernrecht, das den Römern ohnehin ganz unbekannt war. Hier trat eine Erbfolge ſchon bei Lebzeiten ein: der zur Bearbeitung des Bodens zu alte und untüchtige Hauswirth gab das Gut dem kräftigeren Sohne hin, gegen die Verpflichtung, ihm Obdach, Kleidung und Nahrung zu geben. Dieſer ſ. g. Altentheil oder die Leibzucht — beſtand ſie nun in einer abgeſonderten Wohnung oder in einem Platze in des neuen Wirthes Stube, in kleinen Stücken Landes zur eigenen Cultur, einem Stücke eiſern Vieh, oder in Lieferung von beſtimmten Victualien, oder in einem Platze an des Hauswirths Tiſche u. ſ. w. u. ſ. w. — ruhte als Reallaſt auf dem Gute, und ſo konnte der alte Bauer, der ſeine Kinder unter Laſt und Sorgen großgezogen hatte, und gutmüthig genug geweſen war, ihnen die Herrſchaft abzutreten, nie und nimmer, weder durch Undank, noch durch Zufall verhungern und verkümmern.*)

Das Römiſche Recht kannte nur 2 Formen für die Vereinigung mehrerer Individuen zu einer Rechtsgemeinſchaft; die moraliſche Perſon (z. B. eine ganze Stadtgemeinde) und die Societät. Das Deutſche Rechtsleben trieb derartige Verhältniſſe in einer faſt verſchwenderiſchen Fülle hervor, wie denn Hof- und Dienſtmannen, Zünfte und Gilden eine Zeit lang faſt das ganze öffentliche und Privat-Rechtsleben beherrſchten. Mit der Entwickelung des modernen Lebens und beſonders mit dem Aufſchwunge des Gewerbes und Handels entſtanden Handelsfirmen, Handels- und Actien-Geſellſchaften, Wechſel.

Doch es ſei dieß genug der Beiſpiele, um mich nicht zu ſehr in's Detail zu verlieren. Sie werden genügen, zu zeigen, daß der

*) Purgold, das wiſſenſchaftliche Princip des Deutſchen Privatrechts in der Anwendung auf das Leibgeding. Arch. für civ. Prax. XXXI. Beilageheft. — Runde, Leibzucht §. 26. 34.

Inhalt der Römischen Rechtsbücher zu dem deutschen Rechtsleben nicht paßte.

Und was that nun die Wissenschaft bei diesem offenbaren Conflicte? Sie, die allein das Römische Recht kannte, war allein im Stande, das feindliche Princip darin und dessen absolute Unanwendbarkeit, ja seine Unmöglichkeit in Deutschland zu erkennen. Aber sie war weit davon entfernt, die richtigen Consequenzen aus jener Kenntniß zu ziehen. Es war schwer, in die theilweise verworrenen und rohen Rechtsverhältnisse einzudringen, und den juristischen Kern darin zu entdecken, das Rechtsprincip daraus zu entwickeln; weit leichter war es, die Römische Rechtstheorie, die so schön geschrieben stand und so bequem auf Universitäten zu erlernen war, sich anzueignen, wonach scheinbar jeder denkbare Fall ganz sicher zu entscheiden war. Es lag etwas Lockendes darin, das fremde Recht zu kennen und zur Anwendung zu bringen, wobei man immer Recht behielt, weil die ungelehrten Schöffen nicht widersprechen konnten. Es war die erste Stufe zu allen Ehrenstufen, und da es den Kaiserlichen Gelüsten günstig war, und noch mehr günstig gedeutet oder gemißdeutet wurde, so schlug es eine prächtige Brücke zu der irdischen Majestät, in deren Strahlen sich damals die Speichellecker wohl eben so gern gesonnt haben werden, wie heut zu Tage. So erscholl denn bei allen studirten Rechtsgelehrten damals, als es sich um die Alternative handelte, entweder die eignen Wünsche und Aussichten zu verleugnen und das mühsame Studium des Römischen Rechts als eine bloße Geistesbildung zu betrachten, das vaterländische Recht aber mit Wärme und Gerechtigkeit zu umfassen und zum Segen der Nation heranzubilden, oder aber die letztere mit dem Einkeilen in eine fremde, starre umfassende Form zu kreuzigen, und dabei selbst das goldne Kalb anzubeten, — da erscholl, wie früher, als sich der Dünkel spreizte und die Dummheit das wahre geistige Bedürfniß und Interesse verkannte, der Ruf: kreuzige! kreuzige!

Wie weit der Fanatismus und die Rücksichtslosigkeit einer einseitigen, tyrannischen Wissenschaft ging, das wird sich jeder selbst sagen können, der die oben angedeutete Grundverschiedenheit des Römischen und Deutschen Rechtslebens und dann den Umstand bedenkt, daß nichts destoweniger jenes Römische Recht stricte auf dieß Deutsche Leben angewandt wurde. Es war keine Amalgamirung und chemische Durchdringung zweier verwandten Potenzen: es war einem Kunststück der neueren Gartenkunst zu vergleichen, die Syringen auf Eschen pfropft, wobei für alle Ewigkeit der eine Stamm unten **Esche** und oben **Syringe** bleibt. Nur über die Art und Weise, wie dieß unnatürliche Kunststück zu Stande gebracht wurde, muß hier noch Einiges bemerkt werden, weil es den Laien geradezu unmöglich erscheinen muß. Und in der That eine wahre, materielle Vereinigung war und blieb auch unmöglich; nur jenes formale Aufpfropfen kann hier erläutert werden.

Wo sich ein und dasselbe Rechtsinstitut bei beiden Völkern vorfand, wenn auch so verschieden geordnet, daß man sich nichts Gegensätzlicheres denken konnte, da machten es sich die Nationalitäts-Verräther von damals unendlich leicht: sie rissen der belebenden Seele des Rechtsinstituts den Deutschen Körper ab und stülpten ihr einen Römischen Leichnam über, — Punktum!

Manche Institute nun finden sich in ihrer Grundlage nach bei allen Völkern, so die Familie, das Erbrecht, das Eigenthum*). Hier war es, wo das Römische Recht auf jene rücksichtslose Weise mit einem Schlage in voller Reinheit zur Anwendung gebracht wurde. Man fand einen Familienvater bei den Deutschen vor, und wandte die Rechtsregeln der väterlichen Gewalt, auf den Sohn die über den filius familias an, und folgerte zunächst daraus die juristische Einheit zwischen Vater und Sohn, die

*) Letzteres wenigstens bei allen cultivirteren Völkern.

jedes Rechtsgeschäft zwischen beiden unmöglich macht. Selbst das sollte den Deutschen bestritten werden, daß sie mit Aufschlagung eines eignen Haushaltes oder Verheirathung nun endlich selbstständige Menschen wurden.

Der größte Schlag aber stand dem Erbrechte bevor. Starb ein Deutscher, der nach seinem uralten Rechte gar nicht zweifelhaft darüber war, wer die einzelnen Theile seines Vermögens erhalten würde, so kamen die doctores des Römischen Rechts, gaben den ganzen Nachlaß als eine Einheit den Kindern, Geschwistern, oder entferntesten Verwandten ohne Unterschied des Geschlechts, und wiesen die treue Wittwe — in ein Armenhaus! (um nach den Begriffen der Neuzeit zu reden). Hier trennte und fügte man zusammen, als wenn das Rechtsleben eines Volkes und alle dessen einzelne Factoren ein Chinesisches Geduldspiel sei, dessen einzelne Steine man zum Vergnügen auf die verschiedenste Art zusammensetzt, eben um sich an der Barockheit der raschesten Gegensätze zu ergötzen. — Armes Deutsches Volk, Du scheinst dazu verdammt zu sein, von Deinen doctores juris gekreuzigt zu werden!

Dem Deutschen Gesammteigenthume der Gemeinde ließ sich nicht so leicht beikommen, obgleich es an Versuchen nicht fehlte, die Berechtigungen der einzelnen Miteigenthümer in Servituten des Römischen Rechts (lignandi, pascendi etc.) aufzulösen. Es ließ sich nicht wohl unter den vielen Gleichberechtigten Einer ausfindig machen, dem man das Eigenthum zutheilen sollte; auch haben solche Gemeinde-Verhältnisse etwas weit Compacteres, Stätigeres, Widerstand leistenderes, als die Privatrechte eines einzelnen Menschen.

Doch wäre diese Umänderung des innerlichen Begriffs des Eigenthums noch zu tragen gewesen. Weit einschneidender wirkte es, daß man mit dem Römischen Eigenthume auch die ganze Lehre von dessen Entstehung, Wirkung und Verlust aufnahm. Damit ging wiederum ein großer Theil der Sicherheit des Verkehrs ver-

loren, indem das Römische Recht keineswegs wie das Deutsche eine Verlassung des Grundeigenthums vor versammelter Gemeinde verlangte, sondern jeden privaten, heimlichen Akt zur Eigenthums-Uebertragung für hinreichend erklärte, und die Vindication einer beweglichen Sache unbedingt gestattete, während das Deutsche Recht gemäß dem Sprichworte: „wo ich mein Vertrauen verloren habe, da muß ich es wieder suchen", die Vindication mindestens dann ausschloß, wenn eine anvertraute Sache veräußert wird, und der Käufer im guten Glauben ist.

Eine ganz neue Art des Eigenthums-Erwerbes, und auf der andern Seite also dessen Verlustes, wurde dem Deutschen Rechte durch die Ersitzung einverleibt. Soll damit gleich das Institut an sich nicht getadelt werden, so hört es doch zu denen, die recht wie ein deus ex machina (und also zerstörend) in das Deutsche Rechtsleben hineintraten. Jedenfalls war die Römischrechtliche Ersitzungs-Theorie mit den legislatorisch vollkommen verfehlten Modificationen des Canonischen Rechtes keine glückliche Acquisition.

Das Widerspruchsrecht der Verwandten bei Veräußerungen von „Erbe" wurde, weil es sich im Römischen Rechte nicht begründet fand, einfach durchgestrichen, oder zu einem Vorkaufs- oder Retract-Rechte herabgezwängt. Der so eigenthümliche Deutsche Eigenthums-Proceß (mit Anfang), der so manche Vortheile darbot, mußte dabei natürlich ganz außer Gebrauch kommen, wie umgekehrt dessen Untergang in Folge des allgemein eingeführten Römischen Canonischen Processes allein die Möglichkeit der neuen Lehre vom Eigenthum statuirte.

Ein ganz anderes Verfahren mußte man einschlagen bei solchen Instituten, die dem Römischen Rechte nicht einmal dem Namen nach bekannt waren. Dafür suchte man im letzteren Analogien, modelte das Wesen der Deutschen Institute soweit um, bis es möglich war, sie nach jenen Analogien zu behandeln, und glaubte die Höhe der großen Römischen Juristen, die für

ihre nationalen Bedürfnisse das Recht analog erweiterten, erklommen zu haben, wenn man für die Deutschen Verhältnisse Klagen als **utiles actiones** gab!

Hier waren es insbesondere die oben erwähnten Reallasten, die in die Form der Servituten mit ihren kleinlichen Wirkungen gezwängt werden sollten, und weil Manches zu dem Wesen der Römischen Servituten nicht paßte, sollte es nun auch keine Deutsche Reallast sein. So ist die Leibzucht hart in's Gedränge gerathen, und ihr wird noch heut zu Tage von manchem Rechtslehrer die Qualität der Reallast abgesprochen.*) Sei dabei, so sagt man, eine Wohnung eingeräumt (habitatio) oder ein usus fructus constituirt, und seien dabei die zur Entstehung einer Servitut erforderlichen Bedingungen erfüllt, so müsse man diesen Theil der Leibzucht als Reallast oder Servitut betrachten, die übrigen Verabredungen und Leistungen könnten nur nach den Grundsätzen über Verträge beurtheilt werden, die man allenfalls durch Hypothek sichern könne.

Das entscheidende Criterium der damaligen Jurisprudenz für die Frage, ob ein (Deutsches!) Rechtsgeschäft erlaubt und zu schützen sei, — der Umstand nämlich, ob es im Römischen **Corpus juris** Aufnahme gefunden hatte, — führte mit Consequenz dahin, die in Deutschland gängigen Erbverträge für ungültig zu erklären; denn nach Römischen Ansichten waren sie unsittlich und deshalb im Römischen Recht verboten.

Das ganze Bauernrecht aber sollte auf eine andere Grundlage gestellt werden. Weil dem Römischen Rechte ein solches dinglich-persönliches Verhältniß mit Privat-Abgaben nur in der Form der Emphyteuse bekannt war, so wurden die Bauerngüter in ihren zahllosen Arten und Abarten mit einem Federstriche zu Emphyteusen gemacht und als solche beurtheilt, unbekümmert darum,

---

*) Z. B. von Mittermaier.

daß manche gar nicht im erblichen Besitze des Nutznießers, andre umgekehrt volles Eigenthum des Bauern waren, der nur einen Zins oder gar eine Gülte daran constituirt hatte; unbekümmert um die unendlich verschiedenen Rechte der Gutsherren, die von den unbedeutendsten, fast nur nominellen Abgaben bis zu der aussaugendsten Bevormundung gingen, und doch dort vielleicht auf wirklichem (Ober=) Eigenthum beruhten, hier auf bloßer Voigtei oder dergl.

Nicht weniger feindlich stellte sich das Canonische und das Longobardische Lehn=Recht dem Deutschen Leben gegenüber, schon aus dem einfachen Grunde, weil beide ganz und gar unter dem Einflusse des Römischen Rechts, das in Italien, wenigstens unter der Römischen Bevölkerung, ja ohnehin wie erstorben war, sich gebildet hatten.

Doch war beim Canonischen Rechte der Druck auf das Civil=recht weit unbedeutender, weil es sich mit dieser Materie überhaupt wenig befaßte. Indessen fielen immerhin die Privilegien der Geist=lichkeit schwer genug auf's Volk, wie denn die allgemeine Ver=breitung der Zehent=Last ganz vorzüglich durch das Canonische Recht befördert wurde, und unter dessen Schutze und Tendenzen manche schöne Erbschaft den hungernden Erben und dem National=Wohlstande entging und in die todte Hand kam, die Capitalien aber für den Besitzer und den geldbedürftigen Unternehmungslu=stigen gleichmäßig unfruchtbar lagen, weil das Zinsennehmen den göttlichen Gesetzen zuwider, und deshalb von dem Statthalter Christi hier auf Erden verboten war.

Desto mehr wirkte das Canonische Recht zur Vernichtung des vaterländischen, volksthümlichen und deshalb ungemein einfachen und raschen Processes, und gebahr jenes vielgestaltige Ungethüm, das sich — wie das scheerenartige Kinderspielzeug, welches man mit Soldaten bepflanzt, und dann durch einen Druck 20fach ver=längern kann — in eine unabsehbare Ferne ausdehnen ließ, dessen

Ableben, wenn es erst mal in's Leben getreten war, oft Enkel und Urenkel nicht erlebten, — gemeiner Deutscher Proceß, wie zum Hohne genannt, obgleich er doch so undeutsch wie möglich war. Doch das Unheil, welches durch den schriftlichen, geheimen Proceß über das Deutsche Volk gekommen ist, bedarf keiner Schilderung: jeder hat den Druck dieses Alps noch gefühlt, obgleich ihm in den letzten Decennien seine schrecklichste Gestalt schon genommen war.

Es bleibt nur noch übrig, daran zu erinnern, daß das Deutsche Lehnrecht sich nach ganz eigenthümlichen Principien ausgebildet hatte, wozu das Longobardische Lehnrecht sich gerade so verhielt, wie das Römische Recht zum Deutschen Civilrechte im Allgemeinen, namentlich das Römische Eigenthumsrecht sich zum Deutschen verhielt.

Wie sich die Wissenschaft zum Leben verhielt, ist schon oben gesagt: sie pfropfte das fremde, unpassende Recht mit Gewalt und bewußt auf die Deutsche Pflanze, und wollte deren Wachsthum verkümmern, unterdrücken. Die Verachtung und Unkenntniß des Deutschen Rechts und die wahrhaft blinde Vergötterung des Römischen, welches als der Inbegriff aller Weisheit, als die Wurzel alles Rechts betrachtet wurde, ging so weit, daß man selbst den Sachsenspiegel, dieß urdeutsche Gesetzbuch, aus dem Römischen Rechte erklären wollte!*)

Wie verhielt sich denn nun umgekehrt gegen diese verkehrte Wissenschaft hinwiederum das Leben?

Hier zeigt sich recht die Wahrheit des Spruches unsres großen Dichters „grau ist alle Theorie; grün ist allein des Lebens frischer Baum!“— Trotzdem daß die Römischen Doctoren die alleinige Gültigkeit des Römischen Rechts in Wort und Schrift lehrten; trotzdem daß, sobald ein rein Deutsches, dem Römischen Rechte

*) Eichhorn, Deutsche Staats= und Rechtsgeschichte III. §. 444 nota e.

unbekanntes, oder gar von ihm verbotenes Rechtsverhältniß zur Entscheidung vor Gericht kam, das Recht von den gelehrten Richtern gebeugt wurde; trotzdem daß alle Rechtsgeschäfte, wenn sie von den Studirten aufgenommen wurden, in Römische Formen gezwängt und diese dann zu Beispielen aufgestellt wurden; — trotzdem ging das Leben seinen ruhigen, vernünftigen Gang. Es ließ sich seine besondere Sklaverei (Leibeigenschaft), seine Lösungs-Arten der väterlichen Gewalt, seine Reallasten, sein ganzes Bauernrecht, seine Erbverträge, seine Klagbarkeit aller Verträge, seine gerichtliche Auflassung, seine Uebernahme der auf Grund und Boden haftenden Schulden abseiten des neuen Erwerbes*) u. s. w. nicht nehmen und bildete die Institute in aller

*) Dieß ist ein Punkt, der so recht deutlich das Widersinnige und bis zum Lächerlichen Karrikirte des heutigen Rechtszustandes und seiner Pflege beweis't. Es kommt **tagtäglich** im Leben vor, daß Jemand beim Erwerbe eines Grundstückes die darauf haftenden hypothekarischen Schulden übernimmt, wobei das alte Forderungs- resp. Schuldverhältniß unter dem alten Gläubiger und neuen Schuldner (Erwerber) einfach fortgesetzt wird. Die Möglichkeit eines solchen Rechtsgeschäfts mit den beabsichtigten Folgen, so daß das alte Obligations-Verhältniß mit seinen Sicherungsmitteln bestehen bliebe, leugnen nun aber die Römischrechtlich gebildeten und in dieser ihrer ersten Universitäts-Bildungsstufe stecken gebliebenen Juristen durchaus; denn das Römische Recht kennt ja eine solche passive Singular-Succession in ein Obligations-Verhältniß nicht, — so wenig, wie eine active Singular-Succession, wo der Cession die elende Fiction des procurator (in rem suam) untergelegt ist; — und folglich **existirt** jenes **täglich vorkommende** Rechtsgeschäft **gar nicht.** Sie können sich dieß nur als Novation, d. h. völliger Untergang des früheren Obligations-Verhältnisses und Eingehung eines neuen denken.

Aber nicht genug, daß man sich so mit der Wirklichkeit in Conflict setzt: jene selben Juristen, die die Möglichkeit des obigen Rechtsgeschäfts leugnen, bauen ganz ruhig darauf, wenn es vorgenommen wird, hundert andre Rechtsgeschäfte. Sie cediren die Forderung gegen den neuen Schuldner mit der alten Hypothek, klagen vom neuen Erwerber Capital und Zinsen ein und rangiren den Gläubiger im Concurse nach der alten Hypothek! — Wahrlich

Stille aus, wie denn z. B. das Bauernrecht mit seiner Untheilbarkeit des Guts, Aufstellung eines Anerben, einer Interims-Wirthschaft, eines Altentheils u. s. w. sich den Verhältnissen des Grundeigenthums und den natürlichen Bedürfnissen auf das Innigste anschloß. Aber nicht allein so unbewußt wirkte der Genius des nationalen Bildungstriebes; auch bewußt stellte sich die Nation dem Verrathe, der an ihrem Heiligsten, am väterlichen Rechte geübt werden sollte, und der grausamen Tyrannei, womit das fremde

---

sie thäten wohl, ein Begegnen zu vermeiden, damit es ihnen nicht geht, wie den Römischen Auguren!

(Späterer Zusatz: Auch dieser Punkt hat sich in neuester Zeit, wo die Rechtswissenschaft voller Schaam gleichsam aus ihrer Omphalopsychie aufschreckt, und sich ihrer Stellung zum Leben und ihres edleren Berufes bewußt zu werden anfängt, wie so manches Andere, wobei der Scandal des Conflicts zwischen der Rechtswissenschaft und dem Leben zu crass wurde, einer gesunderen, auf Anschauung beruhenden wissenschaftlichen Verarbeitung zu erfreuen.

Beseler B. II. §. 118 — stellt einfach als geltendes Recht den Satz hin, daß „die Singular-Succession in Obligationen für das heutige gemeine Recht principiell begründet sei." — „Nach heutigem Recht bedarf es des Umweges der Novation für die Uebernahme fremder Schulden nicht, indem man die Obligation fortbestehen lassen und nur einen Wechsel in der Person des Schuldners vornehmen kann."

In gleichem Sinne ist die Sache behandelt in einer dieser Frage ausschließlich gewidmeten Monographie von dem, schon anderweitig vortheilhaft bekannten Kreisrichter Delbrück zu Bergen auf Rügen („die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und Preußischem Rechte! Berlin 1853.")

Dieß Princip entspringt freilich einer anderen Rechtsanschauung, als die man aus dem Gajus oder Ulpian lernen kann. Diese Rechts-Anschauung wächst auf dem Boden der Thatsachen.

Beseler sagt darüber: Die Römische Auffassungsweise des Obligationsverhältnisses (wonach nur zwischen den beiden ursprünglich bei der Obligation betheiligten Personen das Rechtsverhältniß überhaupt bestehen kann, und letzteres mit denselben so nothwendig verknüpft ist, daß es nicht von ihnen abgelöst und auf andere Personen übertragen werden kann) — „diese Römische Auffassungsweise des Obligations-Verhältnisses ist weder an sich nothwen-

Recht, wie oben geschildert, wie glühendes Eisen auf jede Form von Fleisch und Blut geschmiedet wurde, entgegen. Nach den damaligen Stände=Verhältnissen und ihren Berechtigungen konnten nur der Adel und allenfalls die Städte für das bedrängte vaterländische Recht ihre Stimmen erheben, und dieß that z. B. die Bairische Ritterschaft noch im Jahre 1499, nachdem schon 1441 auf dem Reichstage zu Mainz ein förmlicher Antrag zur Verbannung der fremden Rechte gestellt, aber wie so vieles andre Gute bei Seite geschoben wurde. Daß aber auch der Bauernstand den Druck dieses fremden Rechtes fühlte und haßte, geht daraus hervor, daß man in Würtemberg zu Anfange des XVI. Jahrhunderts die Unzufriedenheit des Bauernstandes auf die Anwendung des Römischen Rechts schob.*)

---

dig (— das können Tausend Juristen nicht begreifen!), noch im Deutschen Rechte zur Herrschaft gelangt." (S. 276.) — „Nach Deutscher Rechtsansicht ist die Beschränkung der Obligation auf die Handlung eines bestimmt Verpflichteten zum Besten eines bestimmten Gläubigers durchaus nichts Wesentliches; vielmehr wird ein entscheidendes Gewicht auf den Gegenstand der Leistung als die **Substanz des Rechtsverhältnisses** gelegt und diese kann festgestellt sein, bevor noch die Person des Gläubigers oder Schuldners festgestellt ist." S. 278. — Es folgen nun zur Erläuterung die Beispiele von Reallasten, Papiere auf den Inhaber, Prämien=Auslobung, Wechsel, mit der Bemerkung: „dieß sind freilich Institute eigenthümlicher Natur; aber ihre Ausbildung im Geschäftsleben würde doch unmöglich gewesen sein, wenn sie mit unumstößlichen Grundsätzen des gemeinen Rechts im Widerspruch ständen."

Dieß ist wahrhafte Intuition und Objektivirung des Rechtsstoffes und wenn diese Rechtsanschauung erst Gemeingut der Juristen geworden sein wird, dann ist die glückliche Zeit da, welche v. Savigny mehr geahnt, als deutlich bestimmt hat, wovon aber der große Meister der historischen Schule selbst sagt, das Römische Recht können wir dann der Geschichte übergeben und wir werden nicht bloß eine schwache Nachahmung Römischer Bildung, sondern eine ganz eigene und neue Bildung haben. (Beruf unserer Zeit S. 133.)

*) Runde, Deutsches Priv.=R. §. 26. Eichhorn, a. a. O. III. § 444 nota a.

Der gegenwärtige Aufsatz ist auf die Gegenwart berechnet: ich erkenne keine juristische Arbeit als berechtigt an, die nicht irgend einen Bezug auf sie hat. Die eben gelieferte historische Erörterung war aber absolut nöthig, um mit dem vorhandenen Stoffe, der der Beurtheilung unterworfen werden soll, bekannt zu machen, um den feindseligen Gegensatz zwischen Deutschem Leben (d. h. Deutschen Rechtsinstituten) und Römischem Rechte zu zeigen, und darauf hinzuweisen, daß die Wissenschaft beim Eindringen des Römischen Rechts und während der ersten Jahrhunderte seines Bestehens diesen Gegensatz nicht auszugleichen wußte. Auch habe ich oben schon insoweit vorgegriffen; daß ich den Kampf zwischen Romanisten und Germanisten bis auf die Gegenwart fortgeführt habe, wobei sich als Resultat herausstellte, daß der Kampf aus der Theorie gewichen, im Leben aber noch nicht beseitigt ist. Wie sich bei dieser Sachlage die Rechtswissenschaft zum Leben verhält, ist nun noch näher nachzuweisen, und danach wird sich denn auch abnehmen lassen, ob unser trauriger Rechtszustand der Wissenschaft, oder dem Rechte resp. der Gesetzgebung zur Last fällt, eine Frage, die bei der Tendenz des gegenwärtigen Aufsatzes umsoweniger übergangen werden darf, als in neuester Zeit offen und von competenter Seite die Behauptung aufgestellt ist, die Jurisprudenz sei als Wissenschaft werthlos.

In der Deutschen Rechtswissenschaft begann eine neue Epoche durch die s. g. historische Schule, deren Vater Hugo, deren Coryphäe in jeder Hinsicht Savigny ist. Diese Schule*) entstand durch die Ueberzeugung, daß die Anwendung des Römischen Rechts

---

*) Stahl, Philosophie des Rechts § 13, legt ihren Schwerpunkt ganz anders wohin, indem er sagt: Das Princip der historischen Schule sei die Annahme; das Recht gehe hervor aus dem Bewußtsein der Nation als einer ursprünglich gegebenen Einheit, und zwar mit Nothwendigkeit als das sie erfüllende und beherrschende Ethos,

am Ende des vorigen Jahrhunderts eine so fehlerhafte, willkührliche war, daß eigentlich gar nicht das Corpus juris, sondern eine conventionelle Collegien- und Compendien-Jurisprudenz in Deutschland herrschte. Bei den Bemühungen, das Recht von diesen Zuthaten der Juristen zu reinigen, empfand man aber die eigne Schwäche, das Richtige an die Stelle zu setzen, da das Corpus juris bei seinen vielen Beziehungen auf Römische Rechtsalterthümer schon deshalb unverständlich war, weil die Kenntniß jener Rechtsalterthümer fehlte. Auf diesen Punkt richteten sich also die Bestrebungen der Männer, welche das wirkliche Römische Recht, nicht dessen, in die Tractate der alten Zopfjuristen eingemummten Doppelgänger wollten, und mit solchem Erfolge, daß in einigen Decennien schon Unglaubliches geleistet, und die Theorie unendlich gereinigt wurde. Indessen, wie gewöhnlich, überstürzte sich auch diese neue Richtung. Auf der einen Seite überbot man noch die Deutschen Romanisten der früheren Jahrhunderte, indem man Alles und jedes von antiquirten Römischen Rechtsinstituten wieder in's Leben führen wollte, auch nicht gehörig unterschied, ob eine Lehre aus Mißverständniß des Römischen Rechts, oder in Folge der umbildenden Kraft des Lebens, also in Folge wahrer abändernder Gewohnheiten sich so gestaltet hatte, wie die Neuerer sie gerade vorfanden. Auf der anderen Seite entfernte man sich gänzlich von der praktischen Seite, und verlor sich in eine unfruchtbare Antiquitätenjagd, oder, unter dem Aushängeschilde der critischen Gründlichkeit, in eine Mikrologie, daß Deutschland, Frankreich, Italien und der halbe Orient durchforscht wurde, um — ein nach der Conjectural-Critik abhanden gekommenes „Jota subscriptum" zu suchen!

---

nicht in Folge willkührlicher Ueberlegung und Annahme." — Es ist richtig, daß die historische Schule, als sie anfing, ihr System philosophisch zu begründen, jenes Dogma annahm. Entstehungsgrund der Schule war es nicht. Vergl. Savigny. Beruf unserer Zeit S. 117.

Auf diese Weise konnte es nicht fehlen, daß die alte Schule die Waffe des Spottes gegen den Feind brauchte;*) aber das letzte Stündlein dieser alten Schule hatte dennoch geschlagen, weil das Princip, das der neuen Richtung zum Grunde lag, das unwidersprechlich wahre und allein lebenskräftige war. Anfangs steckte sich zwar die historische Schule zu enge Grenzen, indem sie nur das reine Römische Recht von den Schlacken reinigen wollte, welche sich durch den Unverstand seiner Pfleger daran gesetzt hatten: sie wollten durch das Studium der Römischen Geschichte und Rechtsalterthümer das Römische Recht herstellen, und benutzten also den bestimmenden Einfluß der Geschichte auf das Recht einseitig nur in der Richtung auf die Vergangenheit hin. Daraus erwuchs dem Deutschen Rechtsleben sogar eine neue allgemeine Gefahr: das reine Römische Recht, soweit es durch die historische Schule erst ermittelt, und an die Stelle der älteren Mißverständnisse gesetzt werden sollte, verhielt sich ganz wie ein neues Recht zu dem alten bestehenden. Hatten die alten, wenn auch irrigen Schulmeinungen einiges Ansehen im Leben erlangt, und sollte die Neuerung nur deshalb eingeführt werden, weil sie das reine Römische Recht enthielt, so war das ein höchst zweideutiges Geschenk der neuen Schule, von dem das Leben allerdings sagen konnte: **timeo Danaos et dona ferentes!**

*) In etwas unwürdiger Weise wurde sie von dem, sonst so sanften, liebenswürdigen Thibaut, dem Vorkämpfer der nichthistorischen Schule, gegen Savigny, noch dazu in Bezug auf dessen unbestreitbaren Verdienste um die Lehre vom Besitze gebraucht. Jener erzählte seinen Institutionisten sehr launig, wie Herr v. Savigny diese Lehre in ihrer Grundlage, nämlich den Besitz selbst begründe. Er lehre nämlich: die Römer hätten sich ein sehr schönes System der Interdicte ausgebildet, aber nicht gewußt, was sie denn eigentlich damit anfangen sollten. Da wären sie endlich auf den Gedanken gefallen, den Besitz dafür zu erfinden. — Unbändiges Gelächter krönte diesen Witz, der aber doch sehr schädlich war. Eingeweihte wissen wohl, was Thibaut damit sagen wollte, die jungen Tironen nahm es so gegen Savigny ein, daß ich Einen gar nicht bewegen konnte, Savigny's Besitz nur einmal zu lesen.

Aber es lag im Wesen der historischen Schule, daß sie ihr Princip nach allen Richtungen ausbeuten mußte. Dieß Princip war kein anderes, als das: das Recht, die einzelnen Satzungen, wie das ganze System nicht abgerissen nach einzelnen Urkunden, sondern in seinem geschichtlichen Zusammenhange zu erfassen. Suchte man diesen Zusammenhang Anfangs nur rückwärts, d. h. die geschichtliche Entstehung des Römischen Rechts, so bedurfte es doch nur einer ganz geringen Erhebung über die allercrassesten Vorurtheile, um einzusehen, daß es sich eigentlich darum handle, welches Recht **jetzt** anzuwenden sei, und daß dazu nicht allein eine richtige, allerdings nur auf historischem Wege mögliche Interpretation des Gesetzes-Textes, sondern vor Allem die Entscheidung der Frage unentbehrlich sei, was denn die Geschichte von jenem Gesetzes-Texte aufgenommen, verändert oder gar vernichtet, und was sie an die Stelle gesetzt habe? Daran hatte man zwar eigentlich nie gezweifelt, wie der oben erwähnte usus modernus bei den Pandekten-Vorlesungen bewies. Die Frage mußte aber mehr in den Vordergrund gezogen werden, und daß dieß immer mehr geschah, beweist der Nachdruck, womit die Romanisten der historischen Schule ihre Lehrbücher als Darstellungen des „heutigen" Römischen Rechts bezeichneten. Gleichwohl ist die Wissenschaft im großen Ganzen noch weit hinter der Idee der historischen Schule zurückgeblieben. Die Frage, was denn das heutige Römische Recht sei, auf welcher Stufe der Wandelung und Umbildung sich dasselbe unter dem gestaltenden Einflusse der gegenwärtigen Geschichte befinde, wurde in einer abermaligen Einseitigkeit nur für die großen Partien des Rechts, für ganze Rechts-Institute aufgeworfen und beantwortet: man kam hier nicht viel weiter, als zu dem oben gegebenen Resultate, daß sich Romanisten und Germanisten zu der Einsicht erhoben, daß rein Deutsche Institute gar nicht nach Römischen Rechten, gemischte oder im Laufe der Zeiten umgebildete Institute nach dem zu ermittelnden Einflusse beider Rechte zu beurthei-

len seien. Die bemerkbaren Resultate dieser Richtung beschränkten sich so ziemlich darauf, daß nach und nach anerkannt wurde, daß manche Theile des Römischen Rechts, z. B. die Lehre von der Infamie, capitis deminutio etc. gar nicht mehr anwendbar seien, und daß manche Theile des Deutschen Rechts, z. B. Reallasten, Erbverträge 2c. von den Banden Römischrechtlicher Theorien gänzlich befreit wurden.

Wo man aber ein aus dem Römischen Rechte stammendes Institut als noch bestehend annahm, da wurden alle dessen einzelne Wirkungen, die kleinsten einschlagenden Rechtsfragen lediglich und allein aus dem Corpus juris als geltendes Recht entwickelt: in allen Compendien des „heutigen" (?) Römischen Rechts findet man für die aufgestellten Rechtssätze **nur** Citate von **Paulus und Modestinus, Ulpianus und Gajus etc.** Nur bei dem Erbrechte der Seitenverwandten geschieht des Reichs-Abschiedes pflichtmäßig Erwähnung! — Daß auch hier einzelne Seiten des Instituts vom Volke anders aufgefaßt sind, daß dasselbe sich Römische Verhältnisse und Regeln auf seine Weise angeeignet hat, daran denkt Niemand. Nach einer eben so einseitigen Theorie werden ganz neue Rechtsverhältnisse, die mit den modernen Verkehrs-Verhältnissen, ja mit den neuesten Erfindungen zusammenhängen, in das alte System eingeschachtelt, z. B. Actiengesellschaften, au porteur-Papiere u. dgl. Da wird gefragt, liegt hier eine Römische societas oder eine Deutsche Genossenschaft vor? Eins oder das andere muß analogisch zur Anwendung kommen, oder doch wenigstens — wie die Klügsten meinen — beides zusammen muß seine Analogien hergeben.

Daß ein solches modernes Institut **sein eignes Recht** mit sich bringe, daran dachte die Deutsche Rechtswissenschaft nicht. Ueber actiones utiles ging ihr schöpferischer Reichthum nicht hinaus, obgleich sie eben die Entdeckung gemacht hatte, daß die Anwendung der Servituten-Klagen auf die Deutschen Real-

lasten durch actiones utiles das Wesen der letztern gänzlich verwischt oder auf den Kopf gestellt hatte!

Wie gesagt, Jegliches, was schon im Römischen Rechte vorkam, wenn es nicht von der Geschichte gänzlich vertilgt, oder offenkundig im Wesen des ganzen fraglichen Instituts verändert war, wollte die Wissenschaft ganz sicher an der Quelle selber, — im Römischen Rechte und in den Römischen Rechtsalterthümern — ergründen. Den neuen Schöpfungen des modernen Rechtslebens gegenüber hatte die verkommene Rechtswissenschaft nichts, als die armselige Frage: ist z. B. eine Actien-Gesellschaft nach den Römischen Regeln über die Societät, oder über moralische Personen zu beurtheilen? Sie stellte sich mit vollkommener Unbefangenheit dieß testimonium paupertatis aus. Das war der Character der neuesten Jurisprudenz*), und sie verwandte ungeheure Mittel zu diesem Zwecke.

---

*) Eigentlich nur der Jurisprudenz, soweit sie das Römische Recht zum Gegenstande hatte. Allein es ist wohl zu bemerken, daß hier auch eigentlich das repräsentirende Element lag. Nicht nur weil die Darstellungen und Untersuchungen über Römisches Recht im Ganzen und Einzelnen in der Litteratur ungemein präponderirten, und in der Praxis das Römische Recht als die Basis der ganzen Rechtsanwendung betrachtet wurde, sondern auch weil in den Darstellungen des Deutschen Rechts niemals ein vollständiges Rechts-System geliefert wurde, sondern nur die Abweichungen des Deutschen Rechts vom Römischen dargestellt erschienen. Am Crassesten fällt dieß auf bei dem Rechte der Forderungen, wo gewöhnlich gesagt wird, das Allgemeine der Lehre von den Obligationen sei schon aus dem Römischen Rechte bekannt. Dadurch werden zwar Wiederholungen und ein unselbstständiges Abschreiben von Schriftstellern des anderen Rechts-Theiles, worin man nicht so bewandert ist, vermieden; sicher aber nicht zum Vortheile der Handbücher über Deutsches Recht, die verstümmelt und als Beigabe erscheinen, während die Systeme des Römischen Rechts abgeschlossen und für sich verständlich sind. — Vollständige Systeme des heutigen Civilrechts findet man fast nur in den wissenschaftlichen Darstellungen einzelner Landesrechte.

Hier ist der Ort, um überhaupt den Conflict zwischen Recht, Leben und Wissenschaft in der Gegenwart darzustellen, da jetzt soviel vorangeschickt ist, um ihn jedem gebildeten Laien verständlich zu machen.

Ich recapitulire zunächst Folgendes: unser Deutsches Rechtsleben wird nach vier verschiedenen Rechten beurtheilt, dem Römischen, Canonischen, Longobardischen Lehn- und Deutschem Rechte. Die drei ersten sind in Lateinischer Sprache abgefaßt, das letztere existirt gar nicht geschrieben, sondern muß aus dem Studium vieler Rechtsdenkmäler (Provincial- und Local-Rechte), aus juristischer Erfassung der thatsächlichen Rechtsverhältnisse abstrahirt, durch Erforschung des Gewohnheitsrechts erkannt werden. Alle vier Rechtsquellen sind also der großen Masse des Volkes, ja jedem Nichtjuristen absolut unzugänglich. Dieß Grundübel unseres Rechtszustandes ist so verderblich und augenscheinlich, daß ich darüber wenig hinzuzufügen brauche. Für den Laien nur die Bemerkung, daß unser Recht dabei von der, einem geordneten heutigen Rechtszustande freilich unentbehrlichen, jener Thatsache der absoluten Unzugänglichkeit des Rechts gegenüber aber ganz bodenlosen, ja sündlichen Fiction ausgeht, daß Jeder das Recht kennen müsse, Unkenntniß der Gesetze also seine eigne strafbare Schuld sei!

Um diesen Widersinn, der seine schreckliche Außenseite durch die Gewöhnung verloren hat, recht zu erkennen, ihn gleichsam außer sich, objectiv zu betrachten, muß man sich die Sache so denken, als wenn jetzt die Chinesen nach dem Preußischen Landrechte beurtheilt werden sollten.

Ich sehe voraus, wie man mir da im ersten Augenblicke Uebertreibung vorwerfen, und eine Thatsache entgegen halten wird, die weit näher liege, der Einführung des Römischen Rechts in Deutschland gleichartiger, und doch recht gut abgelaufen sei — die Einführung des Französischen Rechts in den Rheinprovinzen, im Königreich Westphalen u. s. w.

Ich bleibe indessen ganz ruhig bei meinem obigen, anscheinenden paradoxon stehen, und will es wörtlich beweisen. Die Einführung des Französischen Rechts war natürlich immer ein Unheil, weil kein geschichtliches Bedürfniß dahin drängte und der Uebergang ganz unvermittelt geschah. Im Character des Französischen und Deutschen Rechts herrschte dagegen ebensowenig wesentliche Verschiedenheit, als in den Sitten und allgemeinen Rechtsverhältnissen der Europäischen Völker im Anfange des 19ten Jahrhunderts. Das Leben und die Bedürfnisse der Deutschen und Franzosen waren vor 40 Jahren sich sehr ähnlich, und das Französische und Deutsche Recht war ein eng verwandtes, ja blutsverwandt, aus derselben Wurzel entsprossen. Als der Code Napoleón eingeführt wurde, lebte man ja in Deutschland schon 400 Jahre nach Römischem Rechte, und Römischrechtlich gebildete, stark Romanisirende Juristen waren auch die Verfasser des Code Napoleón. Ja gerade die großen Französischen Juristen, wie Cujazius und Donell hatten einen ganz bedeutenden Einfluß auf die Deutsche Jurisprudenz (d. h. wohlverstanden, diese beschäftigte sich damals nur mit Römischem Rechte) gehabt, so daß den Deutschen Juristen der Code Napoleón fast noch mundgerechter war, als das Corpus juris. Außerdem war auch die Französische Sprache der Deutschen Nation ziemlich geläufig und das Französische Gesetzbuch konnte wegen seines compendiösen Umfanges und seiner Verständlichkeit leicht in's Deutsche übersetzt werden.

Wie ganz anders mit dem Corpus juris und seiner Einführung! — Ich bin zwar kein Kenner des Chinesischen Rechts, und der dortigen Zustände, um dieselben an den Zuschnitt des Preußischen Landrechts halten zu können. Soviel steht aber fest, daß dasselbe gleichfalls, wie der Code, sehr leicht in jede Sprache zu übersetzen ist, und daß die Unterschiede zwischen nationalen Zuständen und einem fremden aufgedrungenen Rechte nicht leicht größer und feindseliger sein können, als bei Einführung des

Römischen Rechts in Deutschland, wie schon aus der fragmentarischen Darstellung einiger dieser Hauptunterschiede hinreichend hervorgeht.

Aber die Einführung des Landrechts in China würde sicher noch ganz bedeutende Vortheile vor der Aufnahme des Römischen Rechts in Deutschland haben. Denn dort wüßte man doch wenigstens was Gesetz sei? während man bei uns nach dem oben Angeführten immer in Zweifel ist, was vom Römischen Rechte, und in welcher Buchstabenfassung es gilt, ob im Conflicte Römisches oder Canonisches oder Deutsches Recht vorgeht? u. s. w.

Freilich ist seit einigen Jahren auch eine Uebersetzung des **Corpus juris** erschienen, und damit könnte der eine Nachtheil des fremden Rechtes als beseitigt erscheinen.*)

Aber weit entfernt, daß dem so wäre, hat diese Uebersetzung selbst vielmehr nur die Verwirrung oder doch das Gebiet des Zweifels vergrößert. Die Gelehrten trugen ihre Ansicht von einer Controverse in die Uebersetzung — die ja keine gesetzliche Autorität hat! — über, und sogleich schrien andere Gelehrte der entgegengesetzten Ansicht (oder der hundert andren abweichenden Ansichten) Zeter und protestirten gegen die Richtigkeit der Uebersetzung hier und dort. Die Hauptsache ist aber die Beschaffenheit des Corpus juris, die oben geschilderte bunte Zusammenwürfelung der gesetzlichen Bestimmungen oder rechtlichen Entscheidungen, in Folge deren das im Corpus juris enthaltene Recht schon oben als ein überhaupt unsicheres, in sich widersprechendes und absolut unerkennbares bezeichnet wurde.

---

*) Dieser Grund gegen das Römische Recht, daß es in einer fremden Sprache geschrieben ist, pflegt von den Büchergelehrten sehr hoffährtig abgefertigt zu werden. Einen Grund gegen diesen Grund geben sie nie an. Es ist, als wenn sie sich des Gedankens schämten, daß Jemand nicht mindestens Latein verstehe!

Wie schwer die einzelnen Stellen zu enträthseln sind, das beweist die unfaßbare Litteratur über Controversen, die kaum zu zählenden Meinungen über dieselbe Rechtsfrage, oft über ein einziges kleines Fragment in dem dicken Buche; das kann man den Laien nicht deutlicher machen, als durch den einzigen Umstand, daß stereotyp 7 Stellen als die **cruces jurisconsultorum** bezeichnet werden, d. h. an deren Lösung sich die größten Geister aller Jahrhunderte vergeblich versucht haben. In Wahrheit gibt es jedoch solcher Kreuze unendlich viel mehr. Und was den größten Juristen unerklärbar bleibt, das soll das, aus Millionen Laien bestehende Volk wissen! Es soll ja das Recht kennen, und das Corpus juris mit seinen Kreuzen ist die Quelle desselben.

Und diese Beschaffenheit des Corpus juris hat denn der Rechtswissenschaft seit Jahrhunderten und bis auf die neueste Zeit ihr besonderes Gepräge aufgedrückt. Die Irrgänge des Römischen Rechts zu durchwandern und wieder zu durchwandern, und einen sicher leitenden Ariadne-Faden hindurch zu ziehen, das war ihr Ziel, zur Erreichung dessen die historische Schule ganz neue Mittel und Kräfte auf den Kampfplatz brachte. Das Resultat war aber, daß dem Volke das Verständniß des Rechts immer mehr entfremdet, die Litteratur gänzlich unverständlich wurde. Gelehrsamkeit und Scharfsinn spreizten sich mehr darin, als Sorge für die dringendsten Bedürfnisse der Gegenwart durchblickte. Ein Beispiel wird dieß anschaulicher machen.

Im Römischen Rechte kennt man neben dem regelmäßigen Schuldverhältniß noch eine s. g. **naturalis obligatio**, die nicht durch eine Klage geschützt wird, aber die Einrede der Compensation begründet, die Rückforderung ausschließt und durch Nebenverträge, wie Bürgschaft, Pfand, **constitutum** eine gewisse Wirksamkeit begründen kann. Diese eigenthümliche Rechtsbildung, die mit den Römischen Instituten der Sklaverei, der **unitas personae**

zwischen Vater und Hausſohn und der Klagloſigkeit formloſer Verträge zuſammenhängt*), wurde auch in Deutſchland, wo ſich keine einzige ſeiner Vorausſetzungen fand, vermöge jener blinden und despotiſchen Anwendung des Römiſchen Rechts eingebürgert. Eine Entſtehungsart jener naturalis obligatio war die ungerechte Freiſprechung eines wahren Schuldners, wobei nur die civile (klagbare) Obligation untergehen, eine natürliche Verbindlichkeit, d. h. in dem ſo eben angegebenen, techniſchen Sinne, aber beſtehen bleiben ſollte. Dieß war den Juriſten von jeher doch etwas anſtößig, und ſchien ihnen mit der Rechtskraft des Urtheils nicht wohl zu vereinigen: es wurden daher von den älteſten Zeiten her Verſuche gemacht, die Hauptgeſetzesſtelle, welche mit dürren Worten ſagt, daß ein wirklicher, aber freigeſprochener Schuldner das Geleiſtete nicht zurückfordern könne, weil eine Natural-Obligation beſtehen bleibe, — aus dem Wege zu räumen. Denn das iſt eine zweite Eigenthümlichkeit unſerer jetzigen Rechtswiſſenſchaft, daß ſie, bei dem craſſen Conflicte zwiſchen Recht und Leben, in ganz ſchreienden Fällen das Recht beugt, um dem Leben zu Hülfe zu kommen, worüber unten mehr.

Früher wurde dieſer Kampf gegen das Beſtehenbleiben einer Natural-Obligation im Falle einer ungerechten Freiſprechung auf eine — wenn man einmal Kenntniß des Rechts von Jedermann fordert — auch allenfalls dem Laien verſtändliche Weiſe geführt, indem man andere Geſetzesſtellen hervorſuchte, welche beweiſen ſollten, daß die Statuirung einer Natural-Obligation in jenem Falle nur einen täuſchenden Schein durch die eine Geſetzesſtelle für ſich habe, daß dieſer Schein durch Erwägung jener anderen Geſetzes-Beſtimmungen verſchwinden und die täuſchende Stelle in einem andern Sinne verſtanden werden müſſe, oder indem man

*) Vergl. darüber Schneiders critiſch. Jahrbücher, Jahrg. 1848 (meine Recenſion über Christiansen's naturalis obligatio.) S. 536.

aus dem Wesen der Rechtskraft eines Urtheils deducirte, in jenem Falle könne unmöglich eine wirksame Natural=Obligation bestehen bleiben.

Dieß war aber noch nicht gelehrt genug. Herr von der Pfordten, der das März=Ministerium in Baiern zu ersetzen für gut genug gehalten wurde und seitdem die Deutsche Politik dort leitet, hielt allein den antejustinianischen Römischen Proceß für geeignet, die Controverse zu entscheiden.

Vor etwa 30 Jahren wurde nämlich ein altes Juristisches Werk von Gajus aufgefunden, woraus wir lernten, daß im alten Römischen Processe — vor 2000 Jahren — ein verschiedenes Verfahren mit verschiedenen Wirkungen Statt fand, jenachdem die Klage im alten feierlichen Processe vor einem vom Prätor nach dem Gesetze bestellten Richter und nach einer streng bindenden Instruction des ersteren (legitimum judicium), oder vor einem unmittelbar mit der Entscheidung betrauten Magistrate (judicia imperio continentia) verhandelt werden mußten.*) Dort habe überhaupt nur das strenge, formelle Recht, wenigstens wenn die prätorische Instruction auf dieß Recht hingewiesen habe (formula in jus conceptum), entschieden: deshalb habe ein, in diesem Verfahren gefälltes Urtheil auf die Natural=Obligation, die ja dem strengen Civilrecht unbekannt gewesen, überall keine Wirkung äußern können. In den judiciis imperio continentibus dagegen, sowie wenn die prätorische Instruction darauf gelautet habe, den Beklagten nach Maßgabe der zu erörternden factischen Verhältnisse zu einer angemessenen Leistung zu verurtheilen (formula in factum concepta), habe das Urtheil immer das ganze Rechtsverhältniß, die ganze Obligation, also auch den naturalen Bestandtheil ergriffen, so daß hier auch nach einem (ungerechten)

---

*) Ich fasse die Unterschiede so, um sie dem Laien faßlich zu machen; die Aufzählung der feineren Unterschiede würde zu weit führen.

tig erklärte, daß diese Nichtigkeit nur in den und den Fällen, oder für die und die Personen gelte, daß die Schriftlichkeit der Verträge, welche allgemein vorgeschrieben ist, für gewisse Fälle nicht erforderlich sei*) u. s. w.

Ja Savigny, der besonnenste Forscher, dem man gewiß keine leichtsinnige Beiseitesetzung des positiven Rechts zum Vorwurfe machen kann, macht doch mal die naive Bemerkung, wo ihn die zwingende Logik zu einem andren Resultate, als den im Corpus juris niedergelegten ausdrücklichen Entscheidungen führt: man müsse sich zwar an die Aussprüche der Römischen Juristen halten. Wo aber

„die Umstände auf eine andere Entscheidung führen möchten, da handeln wir ganz im Sinne jener Römischen Aussprüche, wenn wir sie **nicht** zur Anwendung bringen." (?!)**)

Dieser Ausspruch, der offenbar zu kühn ist, um gefaßt werden zu können, scheint doch dem Autor selbst einiges Entsetzen eingeflößt zu haben; er tröstet sich selbst mit dem Gedanken

„Von häufigem Einflusse wird jedoch diese Bemerkung gewiß nicht sein."

Als ob Etwas darauf ankäme, wie oft ein Satz, wenn er nur richtig ist, angewandt wird!

Uebrigens kann es der gegenwärtigen Untersuchung nur sehr förderlich sein, daß nach dem Vorstehenden der größte Jurist der bis jetzt florirenden Schule so mit dürren Worten erklärt, daß mit unserm positiven Rechte kein rechtliches Auskommen

---

*) v. Kirchmann, Werthlosigkeit der Jurisprudenz S. 19. 20. — Derselbe führt an, daß eine ganz gleiche Frage vom geheimen Ober-Tribunal in Berlin nach dem praktischen Bedürfniß in entgegengesetzter Weise entschieden, und deshalb in den Gründen der klare entscheidende § des Landrechts ganz umgangen wurde, um jene entgegengesetzten Entscheidungen durch fremdartige, weithergeholte Gründe gleichsam durch einen Zwangspaß einzuschmuggeln.

**) System VIII. § 370 №. I. in f.

mehr sei, sondern daß man nach Umständen auch ohne derogatorische Gewohnheiten, die alten Römischen Gesetze auch nicht zur Anwendung zu bringen habe.

Diese Beschaffenheit der Wissenschaft, wonach sie sich theils in unerreichbare Fernen verlor, und dann nur noch wie ein schöner Stern glänzte, ohne Licht oder Wärme zu geben, theils wo sie praktisch blieb, den Gesetzen die offenbarste Gewalt anthat, um sie den Zuständen nothdürftig anzupassen, — diese Beschaffenheit hatte sie längst um den Credit gebracht. Im Volke schon so lange, als das Römische Recht eingeführt ist. Bei dem verworrenen Zustande des Rechtes selbst und der Unverständlichkeit der Wissenschaft, bei dem schleppenden Proceßgange, und der mit der Schriftlichkeit und Acten-Weitläufigkeit verwachsenen Einrichtung mehrer Civil-Senate bei den Gerichtshöfen, wobei es vorkommt, daß von einem und demselben Gerichte die gleiche Sache an einem und demselben Tage in entgegengesetzter Weise entschieden wurde, glaubte sich der Bürger und Bauer verrathen und verkauft, wenn er der heiligen Justizia in die Hände fiel: die Advocaten, deren Thätigkeit er nicht controliren konnte, galten ihm als Rechtsverdreher, die Richter, welche sich durchaus nicht in die Karten sehen lassen wollten, als falsche Spieler, — Jedem käuflich. Doch auf dieß „Pöbelgeschwätz" — das, so sehr es auch in den angegebenen Motiven irrte, doch die übermäßige Fäulniß unseres gesammten Rechtszustandes nur zu deutlich verrieth — durfte die Wissenschaft stolz herabblicken. Die Gelehrten schrieben nicht für den Pöbel und sahen vor dem Weihrauche, den sie sich gegenseitig verschwenderisch streuten, das Erdenleben nicht.

Da fuhr wie ein Blitz aus heiterm Himmel die Nachricht in die gebildete Welt, v. Kirchmann, ein hochgeachteter Rechtsgelehrter, habe in Berlin öffentlich den Satz aufgestellt, die ganze Jurisprudenz sei als Wissenschaft werthlos. Die Sache machte Sensation, und die ursprünglich in der juristischen Gesellschaft

zu Berlin gelesene Rede erschien bald im Drucke und fand in weiten Kreisen Leser und Besprechung. Der Gegenstand dieser kleinen Broschüre hängt zu nahe mit dem hier besprochenen zusammen, um nicht näher darauf einzugehen. Das Wahre darin unterstützt die hier ausgesprochenen Ideen; das Falsche kann nicht genug bekämpft werden.

Kirchmann behauptet die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, und führt seinen Beweis auf indirectem Wege.

Zunächst soll das Thema bewiesen werden durch eine Vergleichung des Gegenstandes der Jurisprudenz mit den Objecten anderer Wissenschaften, wodurch zugleich eine Einsicht in die Gründe der Erscheinung erlangt werden könne.

Hier soll die Beweglichkeit des Gegenstandes der Jurisprudenz diese Wissenschaft gegen andere zurücksetzen. Das Recht schreite fort, nicht nur durch Gesetzgebung, sondern auch durch organische Weiterbildung, durch neue Verkehrsarten, neue Gewohnheiten, schaffende und zerstörende u. s. w. Die Wahrheiten jeder Wissenschaft reifen aber nur langsam; es seien Forschungen und Erfahrungen von Jahrhunderten erforderlich, um endlich den Kern, die Wahrheit zu finden. Dann aber, nach Verlauf so langer Zeit habe sich im Rechte der Gegenstand bereits geändert, es seien neue Rechtsbildungen oder Umgebungen an die Stelle getreten, und das erforschte Resultat passe nicht mehr. Die Wissenschaft komme bei der fortschreitenden Entwickelung des Rechts **immer zu spät.**

Dieß sei das Grundübel, und die Folge, daß sich die Rechtswissenschaft dem Fortschritte des Rechts überhaupt gern feindlich entgegenstelle, oder mindestens doch den neuen Institutionen gern die alten Formen (durch utiles actionis) aufzwänge, und dadurch die wahre Natur jener verfälsche oder verkümmere. — Jedenfalls drücke der Ballast vergangener Bildung nachtheilig auf die Ge-

genwart, und absorbire eine Masse der besten Kräfte.*) Und doch sei man nicht sicher, daß nicht, was der Fleiß und die Divination von Jahrhunderten zusammengebaut, durch Auffindung eines alten Pergaments bis auf den Grund zerstört werde.

Auch das sei ein Mangel der Rechtswissenschaft, daß das Gefühl dabei mitspreche, und namentlich in Sachen des öffentlichen Rechts, oder bei s. g. politischen Vergehen u. s. w. immer schon eine Antwort fertig habe, ehe die wissenschaftliche Untersuchung nur mal begonnen habe. Ueber solche Fragen müsse erst die Zeit hinweggegangen sein, ehe die Wissenschaft ruhiger an sie herantrete; aber dann sei es meistens wiederum zu spät!

Durch das Hinzutreten der Gesetzgebung werde die Rechtswissenschaft noch mehr auf Abwege geführt oder doch erniedrigt. Denn das Gesetz sei mit zwingender Kraft umgürtet; wahr oder falsch, — es müsse befolgt und von der Wissenschaft aufgenommen werden. Die Gesetzgebung beruhe umgekehrt auf dem augenblicklichen Grade des Wissens, und so überwältige das Wissen, selbst das Mangelhafte und Falsche, das Sein.

Die unvermeidlichen Mängel des Gesetzes, Lücken, Dunkelheiten, Widersprüche seien ebensoviele Nachtheile für die Wissenschaft, und doch sei dieß eigentlich ihr eigenstes Gebiet. Im wahren, das natürliche Recht wiedergebenden Theile der Gesetzgebung bleibe nichts für die Wissenschaft zu thun; deshalb bleibe für sie nur das Unwahre, Lückenhafte. „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur!“

Nicht genug aber, daß die Rechtswissenschaft durch ihr Object gehemmt und erniedrigt werde: sie äußere nun auch umgekehrt selbst wieder durch Aufnahme des Gegenstandes in ihre Form

*) Vergl. Schneiders critische Jahrbücher. Jahr. 1848 (meine Recension von Warnkönig's dogmen-geschichtliche Darstellung der lex commissoria). S. 232, 233.

Umbildung des Rechts erst nach Jahrhunderten vor sich zu gehen eine gesunde Wissenschaft aber kann das Bestehende, wenn sie nur die gehörigen Organe hat, in sehr kurzer Zeit, in einigen Jahren oder Decennien, in sich aufnehmen und verarbeiten.

Was aber sollte daraus werden, wenn das Recht vollkommen stabil wäre. Dann mußte doch, selbst nach Kirchmann's Voraussetzung von Jahrhunderten, irgend ein Zeitpunkt kommen, wo die Wissenschaft das Recht vollkommen klar gelegt hätte, womit dann selbstredend die Wissenschaft, die dann nichts mehr zu verarbeiten hätte, aufhörte. Die Beweglichkeit, die Veränderlichkeit des Rechtsstoffes ist also vielmehr das Lebens-Element der Rechtswissenschaft.

Alle übrigen Vorwürfe Kirchmann's treffen die Rechtswissenschaft überall nicht, weil diese die Kenntniß des positiven (bestehenden) Rechts zur Aufgabe hat, während Kirchmann die Leistungen der Rechtswissenschaft immer an einem von ihm so genannten „natürlichen Rechte" oder dem „Wahren im Rechte" mißt. Was dieß ist, sagt er nicht. Soll es das s. g. Naturrecht sein, so begreift sich leicht, daß dieser schwankende Begriff, dessen Inhalt gerade so mannigfaltig ist, als der Köpfe viele sind, welche sich damit beschäftigen, nicht zum Gegenstande oder Maaßstabe einer praktischen Rechtswissenschaft gemacht werden kann.*)

Im positiven Rechte aber hat die Jurisprudenz einen eben so fixen Gegenstand, als es die Probleme der Naturforschung waren oder sind. Damit verschwindet denn der Vorwurf, daß die Rechtswissenschaft von der Gesetzgebung auf Abwege geführt

---

*) Von dieser Seite ist Kirchmann von Stahl im Janus Hft. 4 des Jahrg. 1848 (auch besonders abgedruckt unter dem Titel „Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein") ungemein schlagend und mit der schärfsten Fixirung der Begriffe widerlegt.

und erniedrigt werde; denn was die Gesetzgebung bestimmt, das wird ja eben die eigentlichste Aufgabe der Rechtswissenschaft. Das Wissen, woraus die Gesetzgebung hervorgeht, überwältigt also nicht das Sein, sondern wird, verkörpert sich zum Sein selbst. Daß die Wissenschaft viel mit dem Mangelhaften im Rechte, mit den Lücken ꝛc. zu thun habe, ist wahr. Aber diese müssen doch ausgefüllt werden, und wenn das in die Aufgabe der Rechtswissenschaft fällt, so ist sie darum nicht werthlos, sondern werthvoll, da die Ausfüllung jener Lücken u. s. w. heilsam und wohlthätig wirkt.

Daß sich die Rechtswissenschaft nicht mit dem Wahren und Natürlichen im Rechte beschäftige, ist in dieser Allgemeinheit unrichtig, da vielmehr, wie unten gezeigt werden wird, gerade dieß ihre höchste und eine sehr glanzvolle Aufgabe ist. Kirchmann beschränkt freilich den Satz und sagt nur, daß, soweit in der Gesetzgebung das natürliche (?) Recht enthalten sei, für die Rechtswissenschaft eigentlich nichts zu thun übrig bleibe. Soweit er die Auffindung des natürlichen (?) Rechts für die einzige würdige Aufgabe der Rechtswissenschaft hält, ist dieser Satz an sich wahr. Jene Voraussetzung ist aber grundfalsch, da die einzige Aufgabe der Rechtswissenschaft — in dem Sinne, wie wir den Ausdruck bis jetzt genommen haben, d. h. im gewöhnlichen Sinne — nur die Ergründung des positiven Rechts ist. Und hier, wo sie die Lücken auszufüllen, Widersprüche zu beseitigen, den wahren Inhalt zu ergründen, das Recht aus sich selbst organisch weiter zu bilden hat, abgestorbene Glieder ablösen, neue Triebe pflegen und systematisch bestimmen muß, ist ihre Aufgabe wahrlich nicht so niedrig, geistlos und undankbar, wie es nach Kirchmann's Darstellung scheint. Ja, wenn man denn einmal vom natürlichen, wahren Rechte sprechen will, so behaupte ich umgekehrt, daß gerade die Wissenschaft dasselbe am Ehesten zu Tage fördert. Wer hat das jus gentium, die naturalis ratio im

Römischen Rechte endlich über alle Schwierigkeiten des alten formellen, geschriebenen Civilrechts zum Siege geführt? Die Rechtswissenschaft! Sie ist beweglicher in dieser Beziehung als die Gesetzgebung. Letztere sanctionirt Reformen meist dann erst, wenn die Wissenschaft sie laut und zuletzt stürmisch gefordert hat.

Daß ganze Bibliotheken durch Neuerungen zu Makulatur werden, passirt auch in andern Wissenschaften, und hängt mit der Unvollkommenheit des Menschen zusammen, der mit seinen Forschungen und Entdeckungen immer nur im Streben, nie am Ziele ist. Was über das Stillstehen der Sonne im Alterthume und Mittelalter geschrieben ist (um bei dem eigenen Beispiele Kirchmann's zu bleiben), ist längst Makulatur, wenn man den Maaßstab „unvergänglicher Dauer" und „unbegrenzter Nützlichkeit" anlegt. Ebenso geht es den vom Neptunismus ausgehenden geologischen Schriften, und ebenso wird es den bisher über die Cholera erschienenen Schriften gehen, wenn demnächst mal das wahre Wesen dieser Krankheit, ihre Ursachen und Palliativ- oder Heilmittel werden entdeckt sein.

Daß durch die Wissenschaft das Recht dem Volke noch mehr entfremdet sei, ist eine nur zu wahre Bemerkung; aber ihre Wahrheit beschränkt sich eben nur auf unsere bisherige Rechtswissenschaft. Wie sie auf Abwege gerathen ist, und wie ihre Unverständlichkeit in der Beschaffenheit des fremden, aufgedrungenen Rechtes ihren Hauptgrund hat, ist schon oben nachgewiesen. Daß es aber nicht die Natur der Wissenschaft überhaupt ist, das Wissen dem Volke zu entfremden und zum ausschließlichen Eigenthume einer besonderen Kaste zu machen, davon geben die letzten Decennien gerade der Deutschen Bildungsgeschichte das beste Zeugniß. Die Bildung ist durch die Wissenschaft, die ein immer mehr volksthümliches Gewand angenommen hat, längst von den Universitäten, den früheren alleinigen Trägern derselben, abgelöst, und in fast alle Schichten der Gesellschaft gedrungen. Insbesondere gilt dieß von den Naturwissenschaften, der Philosophie in der engeren Bedeutung des Worts und der Politik.

Es gibt eine andere und bessere Rechtswissenschaft, als unsere bisherige gelehrte Tractätlein-Fabrik; aber freilich verlangt sie zu ihrem rechten Emporblühen einen anderen Boden, — ein anderes Recht, dessen bloße Existenz nicht schon jeder vernunftgemäßen Anwendung und Weiterbildung einen Riegel vorschiebt.

Diese andere, bessere Rechtswissenschaft ist eben diejenige, welche Kirchmann selbst als solche anerkennt, und als deren Aufgabe er bezeichnet:

„jeder neuen Bildung frei in das Auge zu sehen, ohne mitgebrachte Vorstellungen in ihr sich zu vertiefen, und so **rein aus ihr selbst** die neuen Begriffe und Gesetze vorgehen zu lassen.“ *)

Eine solche Rechtswissenschaft ist aber nicht etwa bloß Ideal, oder ein zwar mögliches, aber noch nicht Erreichtes, an dessen einstiger Realisirung zu zweifeln wäre. Nein! gerade jetzt ist der Weg eingeschlagen, der die „neuere historische Schule“ bilden wird, die das Recht ergründen will, welches die Geschichte in ihrem Verlaufe bis auf die jedesmalige Gegenwart gebildet hat,**) und das Recht schaffen, was die Gegenwart und nächste Zukunft verlangt.

Beseler schlug zuerst in seinem „Volksrecht und Juristenrecht“ diese Saite an, und machte Vorschläge, den Rechtszustand wieder auf eine vernunftgemäße nationale Basis zu bringen, wobei er zunächst durch Einschiebung eines volksthümlichen Elements in das unnatürliche Proceßverfahren Abhülfe der grellsten Mängel zu erreichen hoffte. Dieß war also ein indirecter, aber sehr praktischer Weg, das nationale Recht der Gegenwart zur Geltung zu

---

*) a. a. O. S. 11 unten.

**) Fast dasselbe bezeichnete schon vor 40 Jahren der Meister der bisherigen historischen Schule, v. Savigny, als deren Ziel und Streben (Beruf unserer Zeit u. s. w. S. 117). Aber auf welche Abwege ist diese Schule in wenigen Jahrzehnten gerathen!

bringen: durch einen Wechsel in der Person der Richter sollte das Recht in sein altes Recht eingesetzt werden.*) Hiergegen ließ sich sofort die bisher monopolisirte s. g. strenge Wissenschaft vernehmen, daß dadurch die Auffindung des Rechten dem Zufalle ziemlich anheimgestellt, dem Gefühle der Volksrichter zu viel eingeräumt werde. Und in diesem Sinne gießt Stahl S. 11—22 seiner angeführten Schrift Gift und Galle auf die Kirchmann'sche Ansicht, die er als die auf die Spitze getriebene Ansicht Beseler's bezeichnet.

---

*) Daß dieß von Erfolg ist, geht aus dem Beispiele England's hervor; wo in Handelssachen eine Jury von Kaufleuten (wenigstens der Mehrzal nach) entscheidet, die den neuen Verkehrsverhältnissen und der Ansicht, wie die Kaufleute dieselben auffassen, leicht Rechnung tragen.

Ein Englischer Schriftsteller, Christian, in einer Note zu seiner Ausgabe des **Blackstone**, tadelt dieß, indem er sagt:

„Freilich dürfen deshalb die Kaufleute nicht glauben, daß jede neue Mode, welche sie einführen, ohne Weiteres Gesetzeskraft habe, eine Vorstellung, welcher von den Gerichten, (vermöge der Maxime: **cuilibet in sua arte credendum est**) nur zu sehr Vorschub geleistet werde. Die Kaufleute sollen ihr Recht von den Gerichten vernehmen, nicht diese von jenen; und wenn das bestehende Recht den Bedürfnissen des zunehmenden Handelsverkehrs nicht genüge, so sei es Sache des Parlaments, Abhülfe zu schaffen."

Dieser Satz verräth wenig Einsicht in den natürlichen und wünschenswerthen Gang der Rechtsbildung, und klingt im Munde eines Engländers um so auffallender, weil deren **common law** lediglich Gewohnheitsrecht enthält, und die Geschworenen, die dort auch in Civilsachen entscheiden, das Recht mit den Auffassungen der jeweiligen Sitten und Bedürfnisse viel mehr in Uebereinstimmung zu halten geeignet sind, als dieß anderwärts der Fall ist. — Der praktische Sinn der Englischen Richter billigt und begünstigt daher die neue Rechtsbildung, die der Theoretiker verwirft. Freilich darf das Ganze nicht bezogen werden auf bloße „neue Moden," wie Christian das Ding verächtlich nennt, sondern auf neue Verkehrs-Verhältnisse, die neue wahrhafte „Üsanzen" mit sich bringen, welche dann von der Englischen Special-Jury zuerst in judicio zur Anerkennung gebracht werden. Sie weisen als wahre Schöffen das Recht; woher soll es der Richter, der kein Kaufmann ist, kennen?!

Letzterer hat aber jetzt den Muth gehabt,*) für die Rechtswissenschaft selbst „die Natur der Sache" als vollkommen

*) In seinem vortrefflichen Systeme des Deutschen Privatrechts (Leipzig 1847) § 14, S. 53—57. Dieß Buch steht in jeder Hinsicht einzig in der Wissenschaft da. Es ist ein reiner Ausfluß jener großartigen Rechtsanschauung, die Beseler zur Geltung bringen will, wenn er die Natur der Sache als Rechtsquelle hinstellt. Die einzelnen Vorzüge dieses Werkes anzudeuten, ist wenigstens hier der Ort nicht. Sein allgemeiner Vorzug ist der, daß dieß Lehrbuch des Rechts das Rechtsleben abspiegelt, so daß der Rechtsbeflissene nach dem Studium dieses Buches weiß, wie es da draußen aussieht, und im Leben die eingesogenen Rechtsideen wieder erkennt, während fast alle übrigen Lehrbücher des heutigen Rechts, von Romanisten und Germanisten geschrieben, so wenig praktisch gehalten sind, daß der von Universitäten Zurückkehrende als völliger Fremdling in's Leben tritt, und sich in den ihn umgebenden Instituten nach der mitgebrachten Schulweisheit schlechterdings nicht zu orientiren weiß, sondern gewöhnlich von einem älteren Praktiker erst (salva venia) mit der Nase darauf gestoßen werden muß, mit der Belehrung: sieh, dieß ist eine Innung oder Gilde, das eine Actien-Gesellschaft, dieß eine milde Stiftung, das eine moralische Person, oder aber eine bloße Genossenschaft u. s. w. Mich dünkt, dieser allgemeine Vorzug ist nicht gering! — Das Buch hat nur einen Fehler: daß der 3te Theil noch nicht erschienen ist. Soll auch dieß Werk, wie Savigny und Puchta, unvollständig bleiben? Das wäre ein unersetzbarer Verlust für die Wissenschaft und die demnächstige Codification! Weit ersetzlicher war Beseler in Frankfurt, wo ihn ein Mandat für die National-Versammlung von der Fortsetzung seines Werkes abhielt. Welche räthselhafte Erscheinung! Beseler wirft kühn die ganze bisherige Rechtstheorie über den Haufen, und betritt in der Privatrechts-Wissenschaft bewußt den Weg der Revolution. Er sagt darüber nicht eben zart in der Einleitung: „Einem gewöhnlichen Schuster freilich begreiflich machen zu wollen, daß die Leisten, nach welchen er bisher gearbeitet hat, nicht von der rechten Art sind, ist ein bedenklich Unternehmen; doch wird die Wahrheit auch hier schon über das Handwerk den Sieg davon tragen." — Und in Frankfurt, wo Beseler die Revolution vorfand, und wo es sich um das öffentliche Recht handelte, das nicht so enge Schranken hat, wie das Privatrecht, das sich den öffentlichen Zuständen, den veränderten Sitten, Ueberzeugungen und dem Wollen einer ganzen Nation wohl anpassen muß, da schien es, statt des pythischen Dreifußes, der ihm für die Neugestaltung des

ihre nationalen Bedürfnisse das Recht analog erweiterten, erklommen zu haben, wenn man für die Deutschen Verhältnisse Klagen als utiles actiones gab!

Hier waren es insbesondere die oben erwähnten Reallasten, die in die Form der Servituten mit ihren kleinlichen Wirkungen gezwängt werden sollten, und weil Manches zu dem Wesen der Römischen Servituten nicht paßte, sollte es nun auch keine Deutsche Reallast sein. So ist die Leibzucht hart in's Gedränge gerathen, und ihr wird noch heut zu Tage von manchem Rechtslehrer die Qualität der Reallast abgesprochen.*) Sei dabei, so sagt man, eine Wohnung eingeräumt (habitatio) oder ein usus fructus constituirt, und seien dabei die zur Entstehung einer Servitut erforderlichen Bedingungen erfüllt, so müsse man diesen Theil der Leibzucht als Reallast oder Servitut betrachten, die übrigen Verabredungen und Leistungen könnten nur nach den Grundsätzen über Verträge beurtheilt werden, die man allenfalls durch Hypothek sichern könne.

Das entscheidende Criterium der damaligen Jurisprudenz für die Frage, ob ein (Deutsches!) Rechtsgeschäft erlaubt und zu schützen sei, — der Umstand nämlich, ob es im Römischen Corpus juris Aufnahme gefunden hatte, — führte mit Consequenz dahin, die in Deutschland gängigen Erbverträge für ungültig zu erklären; denn nach Römischen Ansichten waren sie unsittlich und deshalb im Römischen Recht verboten.

Das ganze Bauernrecht aber sollte auf eine andere Grundlage gestellt werden. Weil dem Römischen Rechte ein solches dinglich-persönliches Verhältniß mit Privat-Abgaben nur in der Form der Emphyteuse bekannt war, so wurden die Bauerngüter in ihren zahllosen Arten und Abarten mit einem Federstriche zu Emphyteusen gemacht und als solche beurtheilt, unbekümmert darum,

*) Z. B. von Mittermaier.

daß manche gar nicht im erblichen Besitze des Nutznießers, andre umgekehrt volles Eigenthum des Bauern waren, der nur einen Zins oder gar eine Gülte daran constituirt hatte; unbekümmert um die unendlich verschiedenen Rechte der Gutsherren, die von den unbedeutendsten, fast nur nominellen Abgaben bis zu der aussaugendsten Bevormundung gingen, und doch dort vielleicht auf wirklichem (Ober=) Eigenthum beruhten, hier auf bloßer Voigtei oder dergl.

Nicht weniger feindlich stellte sich das Canonische und das Longobardische Lehn=Recht dem Deutschen Leben gegenüber, schon aus dem einfachen Grunde, weil beide ganz und gar unter dem Einflusse des Römischen Rechts, das in Italien, wenigstens unter der Römischen Bevölkerung, ja ohnehin wie erstorben war, sich gebildet hatten.

Doch war beim Canonischen Rechte der Druck auf das Civil=recht weit unbedeutender, weil es sich mit dieser Materie überhaupt wenig befaßte. Indessen fielen immerhin die Privilegien der Geistlichkeit schwer genug auf's Volk, wie denn die allgemeine Verbreitung der Zehent=Last ganz vorzüglich durch das Canonische Recht befördert wurde, und unter dessen Schutze und Tendenzen manche schöne Erbschaft den hungernden Erben und dem National=Wohlstande entging und in die todte Hand kam, die Capitalien aber für den Besitzer und den geldbedürftigen Unternehmungslustigen gleichmäßig unfruchtbar lagen, weil das Zinsennehmen den göttlichen Gesetzen zuwider, und deshalb von dem Statthalter Christi hier auf Erden verboten war.

Desto mehr wirkte das Canonische Recht zur Vernichtung des vaterländischen, volksthümlichen und deshalb ungemein einfachen und raschen Processes, und gebahr jenes vielgestaltige Ungethüm, das sich — wie das scheerenartige Kinderspielzeug, welches man mit Soldaten bepflanzt, und dann durch einen Druck 20fach verlängern kann — in eine unabsehbare Ferne ausdehnen ließ, dessen

Ableben, wenn es erst mal in's Leben getreten war, oft Enkel und Urenkel nicht erlebten, — gemeiner Deutscher Proceß, wie zum Hohne genannt, obgleich er doch so undeutsch wie möglich war. Doch das Unheil, welches durch den schriftlichen, geheimen Proceß über das Deutsche Volk gekommen ist, bedarf keiner Schilderung: jeder hat den Druck dieses Alps noch gefühlt, obgleich ihm in den letzten Decennien seine schrecklichste Gestalt schon genommen war.

Es bleibt nur noch übrig, daran zu erinnern, daß das Deutsche Lehnrecht sich nach ganz eigenthümlichen Principien ausgebildet hatte, wozu das Longobardische Lehnrecht sich gerade so verhielt, wie das Römische Recht zum Deutschen Civilrechte im Allgemeinen, namentlich das Römische Eigenthumsrecht sich zum Deutschen verhielt.

Wie sich die Wissenschaft zum Leben verhielt, ist schon oben gesagt: sie pfropfte das fremde, unpassende Recht mit Gewalt und bewußt auf die Deutsche Pflanze, und wollte deren Wachsthum verkümmern, unterdrücken. Die Verachtung und Unkenntniß des Deutschen Rechts und die wahrhaft blinde Vergötterung des Römischen, welches als der Inbegriff aller Weisheit, als die Wurzel alles Rechts betrachtet wurde, ging so weit, daß man selbst den Sachsenspiegel, dieß urdeutsche Gesetzbuch, aus dem Römischen Rechte erklären wollte!*)

Wie verhielt sich denn nun umgekehrt gegen diese verkehrte Wissenschaft hinwiederum das Leben?

Hier zeigt sich recht die Wahrheit des Spruches unsres großen Dichters „grau ist alle Theorie; grün ist allein des Lebens frischer Baum!“— Trotzdem daß die Römischen Doctoren die alleinige Gültigkeit des Römischen Rechts in Wort und Schrift lehrten; trotzdem daß, sobald ein rein Deutsches, dem Römischen Rechte

---

*) Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 444 nota e.

unbekanntes, oder gar von ihm verbotenes Rechtsverhältniß zur Entscheidung vor Gericht kam, das Recht von den gelehrten Richtern gebeugt wurde; trotzdem daß alle Rechtsgeschäfte, wenn sie von den Studirten aufgenommen wurden, in Römische Formen gezwängt und diese dann zu Beispielen aufgestellt wurden; — trotzdem ging das Leben seinen ruhigen, vernünftigen Gang. Es ließ sich seine besondere Sklaverei (Leibeigenschaft), seine Lösungs-Arten der väterlichen Gewalt, seine Reallasten, sein ganzes Bauernrecht, seine Erbverträge, seine Klagbarkeit aller Verträge, seine gerichtliche Auflassung, seine Uebernahme der auf Grund und Boden haftenden Schulden abseiten des neuen Erwerbes*) u. s. w. nicht nehmen und bildete die Institute in aller

*) Dieß ist ein Punkt, der so recht deutlich das Widersinnige und bis zum Lächerlichen Karrikirte des heutigen Rechtszustandes und seiner Pflege beweis't. Es kommt **tagtäglich** im Leben vor, daß Jemand beim Erwerbe eines Grundstückes die darauf haftenden hypothekarischen Schulden übernimmt, wobei das alte Forderungs- resp. Schuldverhältniß unter dem alten Gläubiger und neuen Schuldner (Erwerber) einfach fortgesetzt wird. Die Möglichkeit eines solchen Rechtsgeschäfts mit den beabsichtigten Folgen, so daß das alte Obligations-Verhältniß mit seinen Sicherungsmitteln bestehen bliebe, leugnen nun aber die Römischrechtlich gebildeten und in dieser ihrer ersten Universitäts-Bildungsstufe stecken gebliebenen Juristen durchaus; denn das Römische Recht kennt ja eine solche passive Singular-Succession in ein Obligations-Verhältniß nicht, — so wenig, wie eine active Singular-Succession, wo der Cession die elende Fiction des procurator (in rem suam) untergelegt ist; — und folglich **existirt** jenes **täglich vorkommende** Rechtsgeschäft **gar nicht.** Sie können sich dieß nur als Novation, d. h. völliger Untergang des früheren Obligations-Verhältnisses und Eingehung eines neuen denken.

Aber nicht genug, daß man sich so mit der Wirklichkeit in Conflict setzt: jene selben Juristen, die die Möglichkeit des obigen Rechtsgeschäfts leugnen, bauen ganz ruhig darauf, wenn es vorgenommen wird, hundert andre Rechtsgeschäfte. Sie cediren die Forderung gegen den neuen Schuldner mit der alten Hypothek, klagen vom neuen Erwerber Capital und Zinsen ein und rangiren den Gläubiger im Concurse nach der alten Hypothek! — Wahrlich

Stille aus, wie denn z. B. das Bauernrecht mit seiner Untheilbarkeit des Guts, Aufstellung eines Anerben, einer Interims-Wirthschaft, eines Altentheils u. s. w. sich den Verhältnissen des Grundeigenthums und den natürlichen Bedürfnissen auf das Innigste anschloß. Aber nicht allein so unbewußt wirkte der Genius des nationalen Bildungstriebes; auch bewußt stellte sich die Nation dem Verrathe, der an ihrem Heiligsten, am väterlichen Rechte geübt werden sollte, und der grausamen Tyrannei, womit das fremde

---

sie thäten wohl, ein Begegnen zu vermeiden, damit es ihnen nicht geht, wie den Römischen Auguren!

(Späterer Zusatz: Auch dieser Punkt hat sich in neuester Zeit, wo die Rechtswissenschaft voller Schaam gleichsam aus ihrer Omphalopsychie aufschreckt, und sich ihrer Stellung zum Leben und ihres edleren Berufes bewußt zu werden anfängt, wie so manches Andere, wobei der Scandal des Conflicts zwischen der Rechtswissenschaft und dem Leben zu crass wurde, einer gesunderen, auf Anschauung beruhenden wissenschaftlichen Verarbeitung zu erfreuen.

Beseler B. II. §. 118 — stellt einfach als geltendes Recht den Satz hin, daß „die Singular-Succession in Obligationen für das heutige gemeine Recht principiell begründet sei." — „Nach heutigem Recht bedarf es des Umweges der Novation für die Uebernahme fremder Schulden nicht, indem man die Obligation fortbestehen lassen und nur einen Wechsel in der Person des Schuldners vornehmen kann."

In gleichem Sinne ist die Sache behandelt in einer dieser Frage ausschließlich gewidmeten Monographie von dem, schon anderweitig vortheilhaft bekannten Kreisrichter Delbrück zu Bergen auf Rügen („die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und Preußischem Rechte! Berlin 1853.")

Dieß Princip entspringt freilich einer anderen Rechtsanschauung, als die man aus dem Gajus oder Ulpian lernen kann. Diese Rechts-Anschauung wächst auf dem Boden der Thatsachen.

Beseler sagt darüber: Die Römische Auffassungsweise des Obligationsverhältnisses (wonach nur zwischen den beiden ursprünglich bei der Obligation betheiligten Personen das Rechtsverhältniß überhaupt bestehen kann, und letzteres mit denselben so nothwendig verknüpft ist, daß es nicht von ihnen abgelöst und auf andere Personen übertragen werden kann) — „diese Römische Auffassungsweise des Obligations-Verhältnisses ist weder an sich nothwen-

Recht, wie oben geschildert, wie glühendes Eisen auf jede Form von Fleisch und Blut geschmiedet wurde, entgegen. Nach den damaligen Stände=Verhältnissen und ihren Berechtigungen konnten nur der Adel und allenfalls die Städte für das bedrängte vaterländische Recht ihre Stimmen erheben, und dieß that z. B. die Bairische Ritterschaft noch im Jahre 1499, nachdem schon 1441 auf dem Reichstage zu Mainz ein förmlicher Antrag zur Verbannung der fremden Rechte gestellt, aber wie so vieles andre Gute bei Seite geschoben wurde. Daß aber auch der Bauernstand den Druck dieses fremden Rechtes fühlte und haßte, geht daraus hervor, daß man in Würtemberg zu Anfange des XVI. Jahrhunderts die Unzufriedenheit des Bauernstandes auf die Anwendung des Römischen Rechts schob.*)

---

dig (— das können Tausend Juristen nicht begreifen!), noch im Deutschen Rechte zur Herrschaft gelangt." (S. 276.) — „Nach Deutscher Rechtsansicht ist die Beschränkung der Obligation auf die Handlung eines bestimmt Verpflichteten zum Besten eines bestimmten Gläubigers durchaus nichts Wesentliches; vielmehr wird ein entscheidendes Gewicht auf den Gegenstand der Leistung als die **Substanz des Rechtsverhältnisses** gelegt und diese kann festgestellt sein, bevor noch die Person des Gläubigers oder Schuldners festgestellt ist." S. 278. — Es folgen nun zur Erläuterung die Beispiele von Reallasten, Papiere auf den Inhaber, Prämien=Auslobung, Wechsel, mit der Bemerkung: „dieß sind freilich Institute eigenthümlicher Natur; aber ihre Ausbildung im Geschäftsleben würde doch unmöglich gewesen sein, wenn sie mit unumstößlichen Grundsätzen des gemeinen Rechts im Widerspruch ständen."

Dieß ist wahrhafte Intuition und Objektivirung des Rechtsstoffes und wenn diese Rechtsanschauung erst Gemeingut der Juristen geworden sein wird, dann ist die glückliche Zeit da, welche v. Savigny mehr geahnt, als deutlich bestimmt hat, wovon aber der große Meister der historischen Schule selbst sagt, das Römische Recht können wir dann der Geschichte übergeben und wir werden nicht bloß eine schwache Nachahmung Römischer Bildung, sondern eine ganz eigene und neue Bildung haben. (Beruf unserer Zeit S. 133.)

*) Runde, Deutsches Priv.=R. §. 26. Eichhorn, a. a. O. III. § 444 nota a.

Der gegenwärtige Aufsatz ist auf die Gegenwart berechnet: ich erkenne keine juristische Arbeit als berechtigt an, die nicht irgend einen Bezug auf sie hat. Die eben gelieferte historische Erörterung war aber absolut nöthig, um mit dem vorhandenen Stoffe, der der Beurtheilung unterworfen werden soll, bekannt zu machen, um den feindseligen Gegensatz zwischen Deutschem Leben (d. h. Deutschen Rechtsinstituten) und Römischem Rechte zu zeigen, und darauf hinzuweisen, daß die Wissenschaft beim Eindringen des Römischen Rechts und während der ersten Jahrhunderte seines Bestehens diesen Gegensatz nicht auszugleichen wußte. Auch habe ich oben schon insoweit vorgegriffen; daß ich den Kampf zwischen Romanisten und Germanisten bis auf die Gegenwart fortgeführt habe, wobei sich als Resultat herausstellte, daß der Kampf aus der Theorie gewichen, im Leben aber noch nicht beseitigt ist. Wie sich bei dieser Sachlage die Rechtswissenschaft zum Leben verhält, ist nun noch näher nachzuweisen, und danach wird sich denn auch abnehmen lassen, ob unser trauriger Rechtszustand der Wissenschaft, oder dem Rechte resp. der Gesetzgebung zur Last fällt, eine Frage, die bei der Tendenz des gegenwärtigen Aufsatzes umsoweniger übergangen werden darf, als in neuester Zeit offen und von competenter Seite die Behauptung aufgestellt ist, die Jurisprudenz sei als Wissenschaft werthlos.

In der Deutschen Rechtswissenschaft begann eine neue Epoche durch die s. g. historische Schule, deren Vater Hugo, deren Coryphäe in jeder Hinsicht Savigny ist. Diese Schule*) entstand durch die Ueberzeugung, daß die Anwendung des Römischen Rechts

---

*) Stahl, Philosophie des Rechts § 13, legt ihren Schwerpunkt ganz anders wohin, indem er sagt: Das Princip der historischen Schule sei die Annahme; das Recht gehe hervor aus dem Bewußtsein der Nation als einer ursprünglich gegebenen Einheit, und zwar mit Nothwendigkeit als das sie erfüllende und beherrschende Ethos,

am Ende des vorigen Jahrhunderts eine so fehlerhafte, willkührliche war, daß eigentlich gar nicht das Corpus juris, sondern eine conventionelle Collegien- und Compendien-Jurisprudenz in Deutschland herrschte. Bei den Bemühungen, das Recht von diesen Zuthaten der Juristen zu reinigen, empfand man aber die eigne Schwäche, das Richtige an die Stelle zu setzen, da das Corpus juris bei seinen vielen Beziehungen auf Römische Rechtsalterthümer schon deshalb unverständlich war, weil die Kenntniß jener Rechtsalterthümer fehlte. Auf diesen Punkt richteten sich also die Bestrebungen der Männer, welche das wirkliche Römische Recht, nicht dessen, in die Tractate der alten Zopfjuristen eingemummten Doppelgänger wollten, und mit solchem Erfolge, daß in einigen Decennien schon Unglaubliches geleistet, und die Theorie unendlich gereinigt wurde. Indessen, wie gewöhnlich, überstürzte sich auch diese neue Richtung. Auf der einen Seite überbot man noch die Deutschen Romanisten der früheren Jahrhunderte, indem man Alles und jedes von antiquirten Römischen Rechtsinstituten wieder in's Leben führen wollte, auch nicht gehörig unterschied, ob eine Lehre aus Mißverständniß des Römischen Rechts, oder in Folge der umbildenden Kraft des Lebens, also in Folge wahrer abändernder Gewohnheiten sich so gestaltet hatte, wie die Neuerer sie gerade vorfanden. Auf der anderen Seite entfernte man sich gänzlich von der praktischen Seite, und verlor sich in eine unfruchtbare Antiquitätenjagd, oder, unter dem Aushängeschilde der critischen Gründlichkeit, in eine Mikrologie, daß Deutschland, Frankreich, Italien und der halbe Orient durchforscht wurde, um — ein nach der Conjectural-Critik abhanden gekommenes „Jota subscriptum" zu suchen!

---

nicht in Folge willkührlicher Ueberlegung und Annahme." — Es ist richtig, daß die historische Schule, als sie anfing, ihr System philosophisch zu begründen, jenes Dogma annahm. Entstehungsgrund der Schule war es nicht. Vergl. Savigny. Beruf unserer Zeit S. 117.

Auf diese Weise konnte es nicht fehlen, daß die alte Schule die Waffe des Spottes gegen den Feind brauchte;*) aber das letzte Stündlein dieser alten Schule hatte dennoch geschlagen, weil das Princip, das der neuen Richtung zum Grunde lag, das unwidersprechlich wahre und allein lebenskräftige war. Anfangs steckte sich zwar die historische Schule zu enge Grenzen, indem sie nur das reine Römische Recht von den Schlacken reinigen wollte, welche sich durch den Unverstand seiner Pfleger daran gesetzt hatten: sie wollten durch das Studium der Römischen Geschichte und Rechtsalterthümer das Römische Recht herstellen, und benutzten also den bestimmenden Einfluß der Geschichte auf das Recht einseitig nur in der Richtung auf die Vergangenheit hin. Daraus erwuchs dem Deutschen Rechtsleben sogar eine neue allgemeine Gefahr: das reine Römische Recht, soweit es durch die historische Schule erst ermittelt, und an die Stelle der älteren Mißverständnisse gesetzt werden sollte, verhielt sich ganz wie ein neues Recht zu dem alten bestehenden. Hatten die alten, wenn auch irrigen Schulmeinungen einiges Ansehen im Leben erlangt, und sollte die Neuerung nur deshalb eingeführt werden, weil sie das reine Römische Recht enthielt, so war das ein höchst zweideutiges Geschenk der neuen Schule, von dem das Leben allerdings sagen konnte: timeo Danaos et dona ferentes!

*) In etwas unwürdiger Weise wurde sie von dem, sonst so sanften, liebenswürdigen Thibaut, dem Vorkämpfer der nichthistorischen Schule, gegen Savigny, noch dazu in Bezug auf dessen unbestreitbaren Verdienste um die Lehre vom Besitze gebraucht. Jener erzählte seinen Institutionisten sehr launig, wie Herr v. Savigny diese Lehre in ihrer Grundlage, nämlich den Besitz selbst begründe. Er lehre nämlich: die Römer hätten sich ein sehr schönes System der Interdicte ausgebildet, aber nicht gewußt, was sie denn eigentlich damit anfangen sollten. Da wären sie endlich auf den Gedanken gefallen, den Besitz dafür zu erfinden. — Unbändiges Gelächter krönte diesen Witz, der aber doch sehr schädlich war. Eingeweihte wissen wohl, was Thibaut damit sagen wollte, die jungen Tironen nahm es so gegen Savigny ein, daß ich Einen gar nicht bewegen konnte, Savigny's Besitz nur einmal zu lesen.

Aber es lag im Wesen der historischen Schule, daß sie ihr Princip nach allen Richtungen ausbeuten mußte. Dieß Princip war kein anderes, als das: das Recht, die einzelnen Satzungen, wie das ganze System nicht abgerissen nach einzelnen Urkunden, sondern in seinem geschichtlichen Zusammenhange zu erfassen. Suchte man diesen Zusammenhang Anfangs nur rückwärts, d. h. die geschichtliche Entstehung des Römischen Rechts, so bedurfte es doch nur einer ganz geringen Erhebung über die allercrassesten Vorurtheile, um einzusehen, daß es sich eigentlich darum handle, welches Recht **jetzt** anzuwenden sei, und daß dazu nicht allein eine richtige, allerdings nur auf historischem Wege mögliche Interpretation des Gesetzes-Textes, sondern vor Allem die Entscheidung der Frage unentbehrlich sei, was denn die Geschichte von jenem Gesetzes-Texte aufgenommen, verändert oder gar vernichtet, und was sie an die Stelle gesetzt habe? Daran hatte man zwar eigentlich nie gezweifelt, wie der oben erwähnte usus modernus bei den Pandekten-Vorlesungen bewies. Die Frage mußte aber mehr in den Vordergrund gezogen werden, und daß dieß immer mehr geschah, beweist der Nachdruck, womit die Romanisten der historischen Schule ihre Lehrbücher als Darstellungen des „heutigen" Römischen Rechts bezeichneten. Gleichwohl ist die Wissenschaft im großen Ganzen noch weit hinter der Idee der historischen Schule zurückgeblieben. Die Frage, was denn das heutige Römische Recht sei, auf welcher Stufe der Wandelung und Umbildung sich dasselbe unter dem gestaltenden Einflusse der gegenwärtigen Geschichte befinde, wurde in einer abermaligen Einseitigkeit nur für die großen Partien des Rechts, für ganze Rechts-Institute aufgeworfen und beantwortet: man kam hier nicht viel weiter, als zu dem oben gegebenen Resultate, daß sich Romanisten und Germanisten zu der Einsicht erhoben, daß rein Deutsche Institute gar nicht nach Römischen Rechten, gemischte oder im Laufe der Zeiten umgebildete Institute nach dem zu ermittelnden Einflusse beider Rechte zu beurthei-

len seien. Die bemerkbaren Resultate dieser Richtung beschränkten sich so ziemlich darauf, daß nach und nach anerkannt wurde, daß manche Theile des Römischen Rechts, z. B. die Lehre von der Infamie, capitis deminutio etc. gar nicht mehr anwendbar seien, und daß manche Theile des Deutschen Rechts, z. B. Reallasten, Erbverträge ꝛc. von den Banden Römischrechtlicher Theorien gänzlich befreit wurden.

Wo man aber ein aus dem Römischen Rechte stammendes Institut als noch bestehend annahm, da wurden alle dessen einzelne Wirkungen, die kleinsten einschlagenden Rechtsfragen lediglich und allein aus dem Corpus juris als geltendes Recht entwickelt: in allen Compendien des „heutigen" (?) Römischen Rechts findet man für die aufgestellten Rechtssätze nur Citate von Paulus und Modestinus, Ulpianus und Gajus etc. Nur bei dem Erbrechte der Seitenverwandten geschieht des Reichs-Abschiedes pflichtmäßig Erwähnung! — Daß auch hier einzelne Seiten des Instituts vom Volke anders aufgefaßt sind, daß dasselbe sich Römische Verhältnisse und Regeln auf seine Weise angeeignet hat, daran denkt Niemand. Nach einer eben so einseitigen Theorie werden ganz neue Rechtsverhältnisse, die mit den modernen Verkehrs-Verhältnissen, ja mit den neuesten Erfindungen zusammenhängen, in das alte System eingeschachtelt, z. B. Actiengesellschaften, au porteur-Papiere u. dgl. Da wird gefragt, liegt hier eine Römische societas oder eine Deutsche Genossenschaft vor? Eins oder das andere muß analogisch zur Anwendung kommen, oder doch wenigstens — wie die Klügsten meinen — beides zusammen muß seine Analogien hergeben.

Daß ein solches modernes Institut sein eignes Recht mit sich bringe, daran dachte die Deutsche Rechtswissenschaft nicht. Ueber actiones utiles ging ihr schöpferischer Reichthum nicht hinaus, obgleich sie eben die Entdeckung gemacht hatte, daß die Anwendung der Servituten-Klagen auf die Deutschen Real-

lasten durch actiones utiles das Wesen der letztern gänzlich verwischt oder auf den Kopf gestellt hatte!

Wie gesagt, Jegliches, was schon im Römischen Rechte vorkam, wenn es nicht von der Geschichte gänzlich vertilgt, oder offenkundig im Wesen des ganzen fraglichen Instituts verändert war, wollte die Wissenschaft ganz sicher an der Quelle selber, — im Römischen Rechte und in den Römischen Rechtsalterthümern — ergründen. Den neuen Schöpfungen des modernen Rechtslebens gegenüber hatte die verkommene Rechtswissenschaft nichts, als die armselige Frage: ist z. B. eine Actien-Gesellschaft nach den Römischen Regeln über die Societät, oder über moralische Personen zu beurtheilen? Sie stellte sich mit vollkommener Unbefangenheit dieß testimonium paupertatis aus. Das war der Character der neuesten Jurisprudenz*), und sie verwandte ungeheure Mittel zu diesem Zwecke.

---

*) Eigentlich nur der Jurisprudenz, soweit sie das Römische Recht zum Gegenstande hatte. Allein es ist wohl zu bemerken, daß hier auch eigentlich das repräsentirende Element lag. Nicht nur weil die Darstellungen und Untersuchungen über Römisches Recht im Ganzen und Einzelnen in der Litteratur ungemein präponderirten, und in der Praxis das Römische Recht als die Basis der ganzen Rechtsanwendung betrachtet wurde, sondern auch weil in den Darstellungen des Deutschen Rechts niemals ein vollständiges Rechts-System geliefert wurde, sondern nur die Abweichungen des Deutschen Rechts vom Römischen dargestellt erschienen. Am Crassesten fällt dieß auf bei dem Rechte der Forderungen, wo gewöhnlich gesagt wird, das Allgemeine der Lehre von den Obligationen sei schon aus dem Römischen Rechte bekannt. Dadurch werden zwar Wiederholungen und ein unselbstständiges Abschreiben von Schriftstellern des anderen Rechts-Theiles, worin man nicht so bewandert ist, vermieden; sicher aber nicht zum Vortheile der Handbücher über Deutsches Recht, die verstümmelt und als Beigabe erscheinen, während die Systeme des Römischen Rechts abgeschlossen und für sich verständlich sind. — Vollständige Systeme des heutigen Civilrechts findet man fast nur in den wissenschaftlichen Darstellungen einzelner Landesrechte.

Hier ist der Ort, um überhaupt den Conflict zwischen Recht, Leben und Wissenschaft in der Gegenwart darzustellen, da jetzt soviel vorangeschickt ist, um ihn jedem gebildeten Laien verständlich zu machen.

Ich recapitulire zunächst Folgendes: unser Deutsches Rechtsleben wird nach vier verschiedenen Rechten beurtheilt, dem Römischen, Canonischen, Longobardischen Lehn- und Deutschem Rechte. Die drei ersten sind in Lateinischer Sprache abgefaßt, das letztere existirt gar nicht geschrieben, sondern muß aus dem Studium vieler Rechtsdenkmäler (Provincial- und Local-Rechte), aus juristischer Erfassung der thatsächlichen Rechtsverhältnisse abstrahirt, durch Erforschung des Gewohnheitsrechts erkannt werden. Alle vier Rechtsquellen sind also der großen Masse des Volkes, ja jedem Nichtjuristen absolut unzugänglich. Dieß Grundübel unseres Rechtszustandes ist so verderblich und augenscheinlich, daß ich darüber wenig hinzuzufügen brauche. Für den Laien nur die Bemerkung, daß unser Recht dabei von der, einem geordneten heutigen Rechtszustande freilich unentbehrlichen, jener Thatsache der absoluten Unzugänglichkeit des Rechts gegenüber aber ganz bodenlosen, ja sündlichen Fiction ausgeht, daß Jeder das Recht kennen müsse, Unkenntniß der Gesetze also seine eigne strafbare Schuld sei!

Um diesen Widersinn, der seine schreckliche Außenseite durch die Gewöhnung verloren hat, recht zu erkennen, ihn gleichsam außer sich, objectiv zu betrachten, muß man sich die Sache so denken, als wenn jetzt die Chinesen nach dem Preußischen Landrechte beurtheilt werden sollten.

Ich sehe voraus, wie man mir da im ersten Augenblicke Uebertreibung vorwerfen, und eine Thatsache entgegen halten wird, die weit näher liege, der Einführung des Römischen Rechts in Deutschland gleichartiger, und doch recht gut abgelaufen sei — die Einführung des Französischen Rechts in den Rheinprovinzen, im Königreich Westphalen u. s. w.

Ich bleibe indessen ganz ruhig bei meinem obigen, anscheinenden paradoxon stehen, und will es wörtlich beweisen. Die Einführung des Französischen Rechts war natürlich immer ein Unheil, weil kein geschichtliches Bedürfniß dahin drängte und der Uebergang ganz unvermittelt geschah. Im Character des Französischen und Deutschen Rechts herrschte dagegen ebensowenig wesentliche Verschiedenheit, als in den Sitten und allgemeinen Rechtsverhältnissen der Europäischen Völker im Anfange des 19ten Jahrhunderts. Das Leben und die Bedürfnisse der Deutschen und Franzosen waren vor 40 Jahren sich sehr ähnlich, und das Französische und Deutsche Recht war ein eng verwandtes, ja blutsverwandt, aus derselben Wurzel entsprossen. Als der Code Napoleón eingeführt wurde, lebte man ja in Deutschland schon 400 Jahre nach Römischem Rechte, und Römischrechtlich gebildete, stark Romanisirende Juristen waren auch die Verfasser des Code Napoleón. Ja gerade die großen Französischen Juristen, wie Cujazius und Donell hatten einen ganz bedeutenden Einfluß auf die Deutsche Jurisprudenz (d. h. wohlverstanden, diese beschäftigte sich damals nur mit Römischem Rechte) gehabt, so daß den Deutschen Juristen der Code Napoleón fast noch mundgerechter war, als das Corpus juris. Außerdem war auch die Französische Sprache der Deutschen Nation ziemlich geläufig und das Französische Gesetzbuch konnte wegen seines compendiösen Umfanges und seiner Verständlichkeit leicht in's Deutsche übersetzt werden.

Wie ganz anders mit dem Corpus juris und seiner Einführung! — Ich bin zwar kein Kenner des Chinesischen Rechts, und der dortigen Zustände, um dieselben an den Zuschnitt des Preußischen Landrechts halten zu können. Soviel steht aber fest, daß dasselbe gleichfalls, wie der Code, sehr leicht in jede Sprache zu übersetzen ist, und daß die Unterschiede zwischen nationalen Zuständen und einem fremden aufgedrungenen Rechte nicht leicht größer und feindseliger sein können, als bei Einführung des

Römischen Rechts in Deutschland, wie schon aus der fragmentarischen Darstellung einiger dieser Hauptunterschiede hinreichend hervorgeht.

Aber die Einführung des Landrechts in China würde sicher noch ganz bedeutende Vortheile vor der Aufnahme des Römischen Rechts in Deutschland haben. Denn dort wüßte man doch wenigstens was Gesetz sei? während man bei uns nach dem oben Angeführten immer in Zweifel ist, was vom Römischen Rechte, und in welcher Buchstabenfassung es gilt, ob im Conflicte Römisches oder Canonisches oder Deutsches Recht vorgeht? u. s. w.

Freilich ist seit einigen Jahren auch eine Uebersetzung des **Corpus juris** erschienen, und damit könnte der eine Nachtheil des fremden Rechtes als beseitigt erscheinen.*)

Aber weit entfernt, daß dem so wäre, hat diese Uebersetzung selbst vielmehr nur die Verwirrung oder doch das Gebiet des Zweifels vergrößert. Die Gelehrten trugen ihre Ansicht von einer Controverse in die Uebersetzung — die ja keine gesetzliche Autorität hat! — über, und sogleich schrien andere Gelehrte der entgegengesetzten Ansicht (oder der hundert andren abweichenden Ansichten) Zeter und protestirten gegen die Richtigkeit der Uebersetzung hier und dort. Die Hauptsache ist aber die Beschaffenheit des **Corpus juris**, die oben geschilderte bunte Zusammenwürfelung der gesetzlichen Bestimmungen oder rechtlichen Entscheidungen, in Folge deren das im **Corpus juris** enthaltene Recht schon oben als ein überhaupt unsicheres, in sich widersprechendes und absolut unerkennbares bezeichnet wurde.

---

*) Dieser Grund gegen das Römische Recht, daß es in einer fremden Sprache geschrieben ist, pflegt von den Büchergelehrten sehr hoffährtig abgefertigt zu werden. Einen Grund gegen diesen Grund geben sie nie an. Es ist, als wenn sie sich des Gedankens schämten, daß Jemand nicht mindestens Latein verstehe!

Wie schwer die einzelnen Stellen zu enträthseln sind, das beweist die unfaßbare Litteratur über Controversen, die kaum zu zählenden Meinungen über dieselbe Rechtsfrage, oft über ein einziges kleines Fragment in dem dicken Buche; das kann man den Laien nicht deutlicher machen, als durch den einzigen Umstand, daß stereotyp 7 Stellen als die cruces jurisconsultorum bezeichnet werden, d. h. an deren Lösung sich die größten Geister aller Jahrhunderte vergeblich versucht haben. In Wahrheit gibt es jedoch solcher Kreuze unendlich viel mehr. Und was den größten Juristen unerklärbar bleibt, das soll das, aus Millionen Laien bestehende Volk wissen! Es soll ja das Recht kennen, und das Corpus juris mit seinen Kreuzen ist die Quelle desselben.

Und diese Beschaffenheit des Corpus juris hat denn der Rechtswissenschaft seit Jahrhunderten und bis auf die neueste Zeit ihr besonderes Gepräge aufgedrückt. Die Irrgänge des Römischen Rechts zu durchwandern und wieder zu durchwandern, und einen sicher leitenden Ariadne-Faden hindurch zu ziehen, das war ihr Ziel, zur Erreichung dessen die historische Schule ganz neue Mittel und Kräfte auf den Kampfplatz brachte. Das Resultat war aber, daß dem Volke das Verständniß des Rechts immer mehr entfremdet, die Litteratur gänzlich unverständlich wurde. Gelehrsamkeit und Scharfsinn spreizten sich mehr darin, als Sorge für die dringendsten Bedürfnisse der Gegenwart durchblickte. Ein Beispiel wird dieß anschaulicher machen.

Im Römischen Rechte kennt man neben dem regelmäßigen Schuldverhältniß noch eine s. g. naturalis obligatio, die nicht durch eine Klage geschützt wird, aber die Einrede der Compensation begründet, die Rückforderung ausschließt und durch Nebenverträge, wie Bürgschaft, Pfand, constitutum eine gewisse Wirksamkeit begründen kann. Diese eigenthümliche Rechtsbildung, die mit den Römischen Instituten der Sklaverei, der unitas personae

zwischen Vater und Hausſohn und der Klagloſigkeit formloſer Verträge zuſammenhängt*), wurde auch in Deutſchland, wo ſich keine einzige ſeiner Vorausſetzungen fand, vermöge jener blinden und despotiſchen Anwendung des Römiſchen Rechts eingebürgert. Eine Entſtehungsart jener naturalis obligatio war die ungerechte Freiſprechung eines wahren Schuldners, wobei nur die civile (klagbare) Obligation untergehen, eine natürliche Verbindlichkeit, d. h. in dem ſo eben angegebenen, techniſchen Sinne, aber beſtehen bleiben ſollte. Dieß war den Juriſten von jeher doch etwas anſtößig, und ſchien ihnen mit der Rechtskraft des Urtheils nicht wohl zu vereinigen: es wurden daher von den älteſten Zeiten her Verſuche gemacht, die Hauptgeſetzesſtelle, welche mit dürren Worten ſagt, daß ein wirklicher, aber freigeſprochener Schuldner das Geleiſtete nicht zurückfordern könne, weil eine Natural-Obligation beſtehen bleibe, — aus dem Wege zu räumen. Denn das iſt eine zweite Eigenthümlichkeit unſerer jetzigen Rechtswiſſenſchaft, daß ſie, bei dem craſſen Conflicte zwiſchen Recht und Leben, in ganz ſchreienden Fällen das Recht beugt, um dem Leben zu Hülfe zu kommen, worüber unten mehr.

Früher wurde dieſer Kampf gegen das Beſtehenbleiben einer Natural-Obligation im Falle einer ungerechten Freiſprechung auf eine — wenn man einmal Kenntniß des Rechts von Jedermann fordert — auch allenfalls dem Laien verſtändliche Weiſe geführt, indem man andere Geſetzesſtellen hervorſuchte, welche beweiſen ſollten, daß die Statuirung einer Natural-Obligation in jenem Falle nur einen täuſchenden Schein durch die eine Geſetzesſtelle für ſich habe, daß dieſer Schein durch Erwägung jener anderen Geſetzes-Beſtimmungen verſchwinden und die täuſchende Stelle in einem andern Sinne verſtanden werden müſſe, oder indem man

*) Vergl. darüber Schneiders critiſch. Jahrbücher, Jahrg. 1848 (meine Recenſion über Christiansen's naturalis obligatio.) S. 536.

aus dem Wesen der Rechtskraft eines Urtheils deducirte, in jenem Falle könne unmöglich eine wirksame Natural=Obligation bestehen bleiben.

Dieß war aber noch nicht gelehrt genug. Herr von der Pfordten, der das März=Ministerium in Baiern zu ersetzen für gut genug gehalten wurde und seitdem die Deutsche Politik dort leitet, hielt allein den antejustinianischen Römischen Proceß für geeignet, die Controverse zu entscheiden.

Vor etwa 30 Jahren wurde nämlich ein altes Juristisches Werk von Gajus aufgefunden, woraus wir lernten, daß im alten Römischen Processe — vor 2000 Jahren — ein verschiedenes Verfahren mit verschiedenen Wirkungen Statt fand, jenachdem die Klage im alten feierlichen Processe vor einem vom Prätor nach dem Gesetze bestellten Richter und nach einer streng bindenden Instruction des ersteren (legitimum judicium), oder vor einem unmittelbar mit der Entscheidung betrauten Magistrate (judicia imperio continentia) verhandelt werden mußten.*) Dort habe überhaupt nur das strenge, formelle Recht, wenigstens wenn die prätorische Instruction auf dieß Recht hingewiesen habe (formula in jus conceptum), entschieden: deshalb habe ein, in diesem Verfahren gefälltes Urtheil auf die Natural=Obligation, die ja dem strengen Civilrecht unbekannt gewesen, überall keine Wirkung äußern können. In den judiciis imperio continentibus dagegen, sowie wenn die prätorische Instruction darauf gelautet habe, den Beklagten nach Maßgabe der zu erörternden factischen Verhältnisse zu einer angemessenen Leistung zu verurtheilen (formula in factum concepta), habe das Urtheil immer das ganze Rechtsverhältniß, die ganze Obligation, also auch den naturalen Bestandtheil ergriffen, so daß hier auch nach einem (ungerechten)

---

*) Ich fasse die Unterschiede so, um sie dem Laien faßlich zu machen; die Aufzählung der feineren Unterschiede würde zu weit führen.

freisprechenden Urtheile keine Natural=Obligation mehr über geblieben sei.

Die Gesetzesstelle nun, meint Pfordten, welche vom Ueberbleiben einer Natural=Obligation spreche, sei von den judiciis legitimis (mit formula in jus concepta) zu verstehen, die anderen, scheinbar ein anderes Resultat involvirenden Gesetzesstellen von den judiciis imperio continentibus, und da im neueren Justinianschen Rechte der Unterschied zwischen jenen beiden judiciis aufgehört, und das freiere Recht, wie überall, die Oberhand behalten und Allgemeingültigkeit bekommen habe, folglich alle judicia wie früher die imperio continentia gewirkt hätten, so dürfe man jetzt überall keine Natural=Obligation nach freisprechendem, wenn auch ungerechtem Urtheile mehr statuiren. Die angeführte, das Gegentheil besagende Gesetzesstelle gehöre lediglich der Rechtsgeschichte an.

Ich will hier abstrahiren von der Unbegründetheit und dem wissenschaftlichen Werthe dieser Ansicht*), wobei die Rechtsgeschichte förmlich mißbraucht ist, unter einer glänzenden, gelehrten Außenseite den Streitpunkt zu verwirren. Hier frägt es sich nur, was soll das Leben mit einer solchen Wissenschaft machen? Was mit einem Rechte, zu dessen Enträthselung derjenige, der es anwenden oder sich darnach richten soll, also der Deutsche Bürger und Bauer, den altrömischen Proceß studiren muß, um z. B. zu erfahren, ob in einem gewissen Falle eine Natural=Obligation bestehen bleibe, oder nicht?

Ein solches Recht ist nicht nur werthlos, es ist gefährlich, es umgibt den Staatsbürger überall mit künstlich aufgestellten Fallen, zwischen denen er wie bei einem Eiertanze sich hindurch winden muß. Ein solches Recht ist unmoralisch, seine Herrschaft sündhaft.

---

*) Widerlegt ist sie bereits von Fein im Archiv für civil. Prax. XXVI. Heft 2 und 3.

Eben aber weil der Druck dieses unpassenden Rechtes denn doch gar zu furchtbar war, offenbarte sich in der Wissenschaft auch eine andere, der vorigen vertical entgegengesetzte Richtung, gesunder in gewisser Hinsicht, aber auch desto unwissenschaftlicher. In dieser Richtung manifestirte sich rein die Absicht zu helfen. Deshalb wird diese Richtung von allen Praktikern verfolgt, die zugleich als Schriftsteller auftreten. Sie allein kannten ja die Bedürfnisse des Lebens, während unsere bisherige Theorie durch eine tiefe Kluft vom Leben getrennt war*): das Recht, was man auf Universitäten lernte, und dasjenige, was im Leben angewandt wurde, war oft himmelweit verschieden.

Dieser raisonirenden Praxis war es, wie gesagt, rein darum zu thun, zu helfen und dasjenige Recht anzuwenden, welches das offenbar zutreffende war. Aber statt sich dafür auf die innere Nothwendigkeit, auf den allgemeinen Geist eines Rechtsinstituts, auf die offenkundige Volksüberzeugung, allenfalls auf ein abänderndes, aus letzterer erkennbares Gewohnheitsrecht, — das ja dem Richter wie jedes andere Recht bekannt sein soll, oder doch kann — zu berufen, schloß man sich der herrschenden Methode der vornehmen juristischen Litteratur an, und deducirte aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches, aus (unpassenden) Parallel-Stellen, aus dem vermeintlichen Gedankengange des Gesetzgebers, kurz durch die halsbrechendsten Sprach-, Gedanken- und Thatsachen-Verdrehungen nicht mehr und nicht weniger, als daß schwarz—weiß sei, z. B. wenn das Gesetz eine Handlung für nich-

---

*) Spätere Note: Das wollen zwar die Meisten unserer Gelehrten nicht gern zugeben: auch Beseler nimmt eine stets Statt gefundene „lebendige Wechselwirkung" zwischen beiden als Thatsache an. System des Deutsch. P. R. § 36. Wenn es hier noch der Gewährsmänner bedürfte, so könnte ich mich namentlich auf Köstlin berufen, der sein Werk „der Wendepunkt des Deutschen Strafverfahrens" mit einer Anerkennung des im Texte ausgesprochenen Satzes beginnt. (S. 1—4).

tig erklärte, daß diese Nichtigkeit nur in den und den Fällen, oder für die und die Personen gelte, daß die Schriftlichkeit der Verträge, welche allgemein vorgeschrieben ist, für gewisse Fälle nicht erforderlich sei*) u. s. w.

Ja Savigny, der besonnenste Forscher, dem man gewiß keine leichtsinnige Beiseitesetzung des positiven Rechts zum Vorwurfe machen kann, macht doch mal die naive Bemerkung, wo ihn die zwingende Logik zu einem andren Resultate, als den im Corpus juris niedergelegten ausdrücklichen Entscheidungen führt: man müsse sich zwar an die Aussprüche der Römischen Juristen halten. Wo aber

„die Umstände auf eine andere Entscheidung führen möchten, da handeln wir ganz im Sinne jener Römischen Aussprüche, wenn wir sie **nicht** zur Anwendung bringen." (?!)**)

Dieser Ausspruch, der offenbar zu kühn ist, um gefaßt werden zu können, scheint doch dem Autor selbst einiges Entsetzen eingeflößt zu haben; er tröstet sich selbst mit dem Gedanken

„Von häufigem Einflusse wird jedoch diese Bemerkung gewiß nicht sein."

Als ob Etwas darauf ankäme, wie oft ein Satz, wenn er nur richtig ist, angewandt wird!

Uebrigens kann es der gegenwärtigen Untersuchung nur sehr förderlich sein, daß nach dem Vorstehenden der größte Jurist der bis jetzt florirenden Schule so mit dürren Worten erklärt, daß mit unserm positiven Rechte kein rechtliches Auskommen

---

*) v. Kirchmann, Werthlosigkeit der Jurisprudenz S. 19. 20. — Derselbe führt an, daß eine ganz gleiche Frage vom geheimen Ober-Tribunal in Berlin nach dem praktischen Bedürfniß in entgegengesetzter Weise entschieden, und deshalb in den Gründen der klare entscheidende § des Landrechts ganz umgangen wurde, um jene entgegengesetzten Entscheidungen durch fremdartige, weithergeholte Gründe gleichsam durch einen Zwangspaß einzuschmuggeln.

**) System VIII. § 370 Nr. I. in f.

mehr sei, sondern daß man nach Umständen auch ohne derogatorische Gewohnheiten, die alten Römischen Gesetze auch nicht zur Anwendung zu bringen habe.

Diese Beschaffenheit der Wissenschaft, wonach sie sich theils in unerreichbare Fernen verlor, und dann nur noch wie ein schöner Stern glänzte, ohne Licht oder Wärme zu geben, theils wo sie praktisch blieb, den Gesetzen die offenbarste Gewalt anthat, um sie den Zuständen nothdürftig anzupassen, — diese Beschaffenheit hatte sie längst um den Credit gebracht. Im Volke schon so lange, als das Römische Recht eingeführt ist. Bei dem verworrenen Zustande des Rechtes selbst und der Unverständlichkeit der Wissenschaft, bei dem schleppenden Proceßgange, und der mit der Schriftlichkeit und Acten-Weitläufigkeit verwachsenen Einrichtung mehrer Civil-Senate bei den Gerichtshöfen, wobei es vorkommt, daß von einem und demselben Gerichte die gleiche Sache an einem und demselben Tage in entgegengesetzter Weise entschieden wurde, glaubte sich der Bürger und Bauer verrathen und verkauft, wenn er der heiligen Justizia in die Hände fiel: die Advocaten, deren Thätigkeit er nicht controliren konnte, galten ihm als Rechtsverdreher, die Richter, welche sich durchaus nicht in die Karten sehen lassen wollten, als falsche Spieler, — Jedem käuflich. Doch auf dieß „Pöbelgeschwätz" — das, so sehr es auch in den angegebenen Motiven irrte, doch die übermäßige Fäulniß unseres gesammten Rechtszustandes nur zu deutlich verrieth — durfte die Wissenschaft stolz herabblicken. Die Gelehrten schrieben nicht für den Pöbel und sahen vor dem Weihrauche, den sie sich gegenseitig verschwenderisch streuten, das Erdenleben nicht.

Da fuhr wie ein Blitz aus heiterm Himmel die Nachricht in die gebildete Welt, v. Kirchmann, ein hochgeachteter Rechtsgelehrter, habe in Berlin öffentlich den Satz aufgestellt, die ganze Jurisprudenz sei als Wissenschaft werthlos. Die Sache machte Sensation, und die ursprünglich in der juristischen Gesellschaft

zu Berlin gelesene Rede erschien bald im Drucke und fand in weiten Kreisen Leser und Besprechung. Der Gegenstand dieser kleinen Broschüre hängt zu nahe mit dem hier besprochenen zusammen, um nicht näher darauf einzugehen. Das Wahre darin unterstützt die hier ausgesprochenen Ideen; das Falsche kann nicht genug bekämpft werden.

Kirchmann behauptet die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, und führt seinen Beweis auf indirectem Wege:

Zunächst soll das Thema bewiesen werden durch eine Vergleichung des Gegenstandes der Jurisprudenz mit den Objecten anderer Wissenschaften, wodurch zugleich eine Einsicht in die Gründe der Erscheinung erlangt werden könne.

Hier soll die Beweglichkeit des Gegenstandes der Jurisprudenz diese Wissenschaft gegen andere zurücksetzen. Das Recht schreite fort, nicht nur durch Gesetzgebung, sondern auch durch organische Weiterbildung, durch neue Verkehrsarten, neue Gewohnheiten, schaffende und zerstörende u. s. w. Die Wahrheiten jeder Wissenschaft reifen aber nur langsam; es seien Forschungen und Erfahrungen von Jahrhunderten erforderlich, um endlich den Kern, die Wahrheit zu finden. Dann aber, nach Verlauf so langer Zeit habe sich im Rechte der Gegenstand bereits geändert, es seien neue Rechtsbildungen oder Umgebungen an die Stelle getreten, und das erforschte Resultat passe nicht mehr. Die Wissenschaft komme bei der fortschreitenden Entwickelung des Rechts **immer zu spät.**

Dieß sei das Grundübel, und die Folge, daß sich die Rechtswissenschaft dem Fortschritte des Rechts überhaupt gern feindlich entgegenstelle, oder mindestens doch den neuen Institutionen gern die alten Formen (durch utiles actionis) aufzwänge, und dadurch die wahre Natur jener verfälsche oder verkümmere. — Jedenfalls drücke der Ballast vergangener Bildung nachtheilig auf die Ge-

genwart, und absorbire eine Masse der besten Kräfte.*) Und doch sei man nicht sicher, daß nicht, was der Fleiß und die Divination von Jahrhunderten zusammengebaut, durch Auffindung eines alten Pergaments bis auf den Grund zerstört werde.

Auch das sei ein Mangel der Rechtswissenschaft, daß das Gefühl dabei mitspreche, und namentlich in Sachen des öffentlichen Rechts, oder bei s. g. politischen Vergehen u. s. w. immer schon eine Antwort fertig habe, ehe die wissenschaftliche Untersuchung nur mal begonnen habe. Ueber solche Fragen müsse erst die Zeit hinweggegangen sein, ehe die Wissenschaft ruhiger an sie herantrete; aber dann sei es meistens wiederum zu spät!

Durch das Hinzutreten der Gesetzgebung werde die Rechtswissenschaft noch mehr auf Abwege geführt oder doch erniedrigt. Denn das Gesetz sei mit zwingender Kraft umgürtet; wahr oder falsch, — es müsse befolgt und von der Wissenschaft aufgenommen werden. Die Gesetzgebung beruhe umgekehrt auf dem augenblicklichen Grade des Wissens, und so überwältige das Wissen, selbst das Mangelhafte und Falsche, das Sein.

Die unvermeidlichen Mängel des Gesetzes, Lücken, Dunkelheiten, Widersprüche seien ebensoviele Nachtheile für die Wissenschaft, und doch sei dieß eigentlich ihr eigenstes Gebiet. Im wahren, das natürliche Recht wiedergebenden Theile der Gesetzgebung bleibe nichts für die Wissenschaft zu thun; deshalb bleibe für sie nur das Unwahre, Lückenhafte. „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur!“

Nicht genug aber, daß die Rechtswissenschaft durch ihr Object gehemmt und erniedrigt werde: sie äußere nun auch umgekehrt selbst wieder durch Aufnahme des Gegenstandes in ihre Form

*) Vergl. Schneiders critische Jahrbücher. Jahr. 1848 (meine Recension von Warnkönig's dogmen-geschichtliche Darstellung der lex commissoria). S. 232, 233.

eine zerstörende Kraft auf den ersteren. Das Volk verliere bei Ausbildung der Rechtswissenschaft die Kenntniß des Rechts, und die Wissenschaft trete dadurch mit sich selbst in Widerspruch, indem sie den Gegenstand nur ergreifen wolle, ihn aber statt dessen erdrücke. Die Processe sinken bei diesem Zustande, wobei kein Theil wisse, wer Recht habe, zu einer bloßen Operation und Speculation herab. Von der Verwirklichung des Rechts im wahren Sinne bleibe dabei keine Spur!

Die Quintessenz der Kirchmann'schen Deduction kommt dann am Ende. Er baut auf die Erscheinungen, daß Vergleiche so befürwortet würden, das Institut der Schiedsmänner und der Jury immer größere Sympathien fände, ja selbst die Patrimonialgerichte mit ihren Unzuträglichkeiten dem Volke noch ganz lieb sein, den Ausspruch:

„daß die Nation der wissenschaftlichen Juristen überdrüssig sei;" und fügt die Prophezeihung hinzu:

„man werde die Rechtspflege nicht bloß für die Thatfrage, sondern auch für die Rechtsfrage, nicht bloß in Criminalsachen, sondern auch in Civilsachen dem Volke zurückgeben."

Kirchmann schließt mit dem großen Vorwurfe:

„bei großen Phasen der Völkerbildung hätten sich die Menschen an die Wissenschaft gewandt, um von ihr Lösung der Zweifel und sichere Leitung zu erhalten. Aber die Wissenschaft habe sich von jeher dazu ohnmächtig erwiesen; sie habe die Gegenwart noch niemals verstanden. Die Völker seien auf sich selbst zurückgewiesen."

Das Kirchmann'sche Werkchen deckt in wenigen kräftigen Zügen die faulen Stellen unseres Rechtszustandes so schonungslos auf, und Alles ist dabei in einer so glühenden Sprache geschrieben, durch passende Vergleiche und Bilder aus allen Wissenschaften erläutert und gewürzt, daß des Laien Auge leicht geblendet wird, und Alles für wahr halten muß.

Dennoch wird auch der Laie bei ruhiger Betrachtung herausfinden, daß die meisten Vorwürfe, die Kirchmann der Wissenschaft zuschleudert, dem zufällig in Deutschland geltenden Rechte gebühren.

Die Unverständlichkeit und Verworrenheit unseres Rechts und der fremde Ursprung desselben ist es, welche die gänzliche Rechtsunkenntniß des Deutschen Volkes begründen, und nothwendig der Wissenschaft den gelehrten Anstrich geben, in Folge dessen auch sie dem Volke unverständlich bleiben muß und eine Vermittelung des Rechts mit dem Leben folglich nicht herbeiführen kann.

Außerdem umgeht aber Kirchmann den Cardinalpunkt ganz, indem er die Definition der Rechtswissenschaft und die Beantwortung seiner Frage danach ausdrücklich ablehnt. In der That, ohne diese Umgehung der Cardinal-Frage wäre auch Kirchmann seine ganze Deduction nicht möglich gewesen: er substituirt der Rechtswissenschaft, von der doch allein die Rede ist, stillschweigend ein ganz anderes Objekt, als das, was jenem Begriffe entspricht, und gibt uns also ein quid pro quo. Ja, wenn Kirchmann nicht ausdrücklich die Ernsthaftigkeit seiner Absicht versicherte, so würde man an einen Scherz glauben müssen, wobei jener absichtlich die Hauptfrage Einem unter den Händen wegescamotirt hätte.

Die Beweglichkeit des Rechtsstoffes, welche Kirchmann für das Hauptübel erklärt, ist freilich begründet. Ob das aber ein Vorwurf für die Wissenschaft ist, oder nicht vielmehr ein Vortheil, das ist eine andere Frage, die ich nur in letzterer Hinsicht bejahend beantworten kann. Die Beweglichkeit des Rechtsstoffes ist nicht so groß, daß die Wissenschaft nicht das Bestehende erreichen könnte, und Kirchmann kehrt die Verhältnisse um, wenn er behauptet, es gehörten Forschungen und Erfahrungen von Jahrhunderten dazu, um (im Rechte) das Wahre zu finden. Umgekehrt pflegt eine

Umbildung des Rechts erst nach Jahrhunderten vor sich zu gehen eine gesunde Wissenschaft aber kann das Bestehende, wenn sie nur die gehörigen Organe hat, in sehr kurzer Zeit, in einigen Jahren oder Decennien, in sich aufnehmen und verarbeiten.

Was aber sollte daraus werden, wenn das Recht vollkommen stabil wäre. Dann mußte doch, selbst nach Kirchmann's Voraussetzung von Jahrhunderten, irgend ein Zeitpunkt kommen, wo die Wissenschaft das Recht vollkommen klar gelegt hätte, womit dann selbstredend die Wissenschaft, die dann nichts mehr zu verarbeiten hätte, aufhörte. Die Beweglichkeit, die Veränderlichkeit des Rechtsstoffes ist also vielmehr das Lebens-Element der Rechtswissenschaft.

Alle übrigen Vorwürfe Kirchmann's treffen die Rechtswissenschaft überall nicht, weil diese die Kenntniß des positiven (bestehenden) Rechts zur Aufgabe hat, während Kirchmann die Leistungen der Rechtswissenschaft immer an einem von ihm so genannten „natürlichen Rechte" oder dem „Wahren im Rechte" mißt. Was dieß ist, sagt er nicht. Soll es das s. g. Naturrecht sein, so begreift sich leicht, daß dieser schwankende Begriff, dessen Inhalt gerade so mannigfaltig ist, als der Köpfe viele sind, welche sich damit beschäftigen, nicht zum Gegenstande oder Maaßstabe einer praktischen Rechtswissenschaft gemacht werden kann.*)

Im positiven Rechte aber hat die Jurisprudenz einen eben so fixen Gegenstand, als es die Probleme der Naturforschung waren oder sind. Damit verschwindet denn der Vorwurf, daß die Rechtswissenschaft von der Gesetzgebung auf Abwege geführt

---

*) Von dieser Seite ist Kirchmann von Stahl im Janus Hft. 4 des Jahrg. 1848 (auch besonders abgedruckt unter dem Titel „Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein") ungemein schlagend und mit der schärfsten Fixirung der Begriffe widerlegt.

und erniedrigt werde; denn was die Gesetzgebung bestimmt, das wird ja eben die eigentlichste Aufgabe der Rechtswissenschaft. Das Wissen, woraus die Gesetzgebung hervorgeht, überwältigt also nicht das Sein, sondern wird, verkörpert sich zum Sein selbst. Daß die Wissenschaft viel mit dem Mangelhaften im Rechte, mit den Lücken ꝛc. zu thun habe, ist wahr. Aber diese müssen doch ausgefüllt werden, und wenn das in die Aufgabe der Rechtswissenschaft fällt, so ist sie darum nicht werthlos, sondern werthvoll, da die Ausfüllung jener Lücken u. s. w. heilsam und wohlthätig wirkt.

Daß sich die Rechtswissenschaft nicht mit dem Wahren und Natürlichen im Rechte beschäftige, ist in dieser Allgemeinheit unrichtig, da vielmehr, wie unten gezeigt werden wird, gerade dieß ihre höchste und eine sehr glanzvolle Aufgabe ist. Kirchmann beschränkt freilich den Satz und sagt nur, daß, soweit in der Gesetzgebung das natürliche (?) Recht enthalten sei, für die Rechtswissenschaft eigentlich nichts zu thun übrig bleibe. Soweit er die Auffindung des natürlichen (?) Rechts für die einzige würdige Aufgabe der Rechtswissenschaft hält, ist dieser Satz an sich wahr. Jene Voraussetzung ist aber grundfalsch, da die einzige Aufgabe der Rechtswissenschaft — in dem Sinne, wie wir den Ausdruck bis jetzt genommen haben, d. h. im gewöhnlichen Sinne — nur die Ergründung des positiven Rechts ist. Und hier, wo sie die Lücken auszufüllen, Widersprüche zu beseitigen, den wahren Inhalt zu ergründen, das Recht aus sich selbst organisch weiter zu bilden hat, abgestorbene Glieder ablösen, neue Triebe pflegen und systematisch bestimmen muß, ist ihre Aufgabe wahrlich nicht so niedrig, geistlos und undankbar, wie es nach Kirchmann's Darstellung scheint. Ja, wenn man denn einmal vom natürlichen, wahren Rechte sprechen will, so behaupte ich umgekehrt, daß gerade die Wissenschaft dasselbe am Ehesten zu Tage fördert. Wer hat das jus gentium, die naturalis ratio im

Römischen Rechte endlich über alle Schwierigkeiten des alten formellen, geschriebenen Civilrechts zum Siege geführt? Die Rechtswissenschaft! Sie ist beweglicher in dieser Beziehung als die Gesetzgebung. Letztere sanctionirt Reformen meist dann erst, wenn die Wissenschaft sie laut und zuletzt stürmisch gefordert hat.

Daß ganze Bibliotheken durch Neuerungen zu Makulatur werden, passirt auch in andern Wissenschaften, und hängt mit der Unvollkommenheit des Menschen zusammen, der mit seinen Forschungen und Entdeckungen immer nur im Streben, nie am Ziele ist. Was über das Stillstehen der Sonne im Alterthume und Mittelalter geschrieben ist (um bei dem eigenen Beispiele Kirchmann's zu bleiben), ist längst Makulatur, wenn man den Maaßstab „unvergänglicher Dauer" und „unbegrenzter Nützlichkeit" anlegt. Ebenso geht es den vom Neptunismus ausgehenden geologischen Schriften, und ebenso wird es den bisher über die Cholera erschienenen Schriften gehen, wenn demnächst mal das wahre Wesen dieser Krankheit, ihre Ursachen und Palliativ- oder Heilmittel werden entdeckt sein.

Daß durch die Wissenschaft das Recht dem Volke noch mehr entfremdet sei, ist eine nur zu wahre Bemerkung; aber ihre Wahrheit beschränkt sich eben nur auf unsere bisherige Rechtswissenschaft. Wie sie auf Abwege gerathen ist, und wie ihre Unverständlichkeit in der Beschaffenheit des fremden, aufgedrungenen Rechtes ihren Hauptgrund hat, ist schon oben nachgewiesen. Daß es aber nicht die Natur der Wissenschaft überhaupt ist, das Wissen dem Volke zu entfremden und zum ausschließlichen Eigenthume einer besonderen Kaste zu machen, davon geben die letzten Decennien gerade der Deutschen Bildungsgeschichte das beste Zeugniß. Die Bildung ist durch die Wissenschaft, die ein immer mehr volksthümliches Gewand angenommen hat, längst von den Universitäten, den früheren alleinigen Trägern derselben, abgelöst, und in fast alle Schichten der Gesellschaft gedrungen. Insbesondere gilt dieß von den Naturwissenschaften, der Philosophie in der engeren Bedeutung des Worts und der Politik.

Es gibt eine andere und bessere Rechtswissenschaft, als unsere bisherige gelehrte Tractätlein-Fabrik; aber freilich verlangt sie zu ihrem rechten Emporblühen einen anderen Boden, — ein anderes Recht, dessen bloße Existenz nicht schon jeder vernunftgemäßen Anwendung und Weiterbildung einen Riegel vorschiebt.

Diese andere, bessere Rechtswissenschaft ist eben diejenige, welche Kirchmann selbst als solche anerkennt, und als deren Aufgabe er bezeichnet:

„jeder neuen Bildung frei in das Auge zu sehen, ohne mitgebrachte Vorstellungen in ihr sich zu vertiefen, und so **rein aus ihr selbst** die neuen Begriffe und Gesetze vorgehen zu lassen.“ *)

Eine solche Rechtswissenschaft ist aber nicht etwa bloß Ideal, oder ein zwar mögliches, aber noch nicht Erreichtes, an dessen einstiger Realisirung zu zweifeln wäre. Nein! gerade jetzt ist der Weg eingeschlagen, der die „neuere historische Schule“ bilden wird, die das Recht ergründen will, welches die Geschichte in ihrem Verlaufe bis auf die jedesmalige Gegenwart gebildet hat,**) und das Recht schaffen, was die Gegenwart und nächste Zukunft verlangt.

Beseler schlug zuerst in seinem „Volksrecht und Juristenrecht“ diese Saite an, und machte Vorschläge, den Rechtszustand wieder auf eine vernunftgemäße nationale Basis zu bringen, wobei er zunächst durch Einschiebung eines volksthümlichen Elements in das unnatürliche Proceßverfahren Abhülfe der grellsten Mängel zu erreichen hoffte. Dieß war also ein indirecter, aber sehr praktischer Weg, das nationale Recht der Gegenwart zur Geltung zu

*) a. a. O. S. 11 unten.

**) Fast dasselbe bezeichnete schon vor 40 Jahren der Meister der bisherigen historischen Schule, v. Savigny, als deren Ziel und Streben (Beruf unserer Zeit u. s. w. S. 117). Aber auf welche Abwege ist diese Schule in wenigen Jahrzehnten gerathen!

bringen: durch einen Wechsel in der Person der Richter sollte das Recht in sein altes Recht eingesetzt werden.*) Hiergegen ließ sich sofort die bisher monopolisirte s. g. strenge Wissenschaft vernehmen, daß dadurch die Auffindung des Rechten dem Zufalle ziemlich anheimgestellt, dem Gefühle der Volksrichter zu viel eingeräumt werde. Und in diesem Sinne gießt Stahl S. 11—22 seiner angeführten Schrift Gift und Galle auf die Kirchmann'sche Ansicht, die er als die auf die Spitze getriebene Ansicht Beseler's bezeichnet.

---

*) Daß dieß von Erfolg ist, geht aus dem Beispiele England's hervor; wo in Handelssachen eine Jury von Kaufleuten (wenigstens der Mehrzal nach) entscheidet, die den neuen Verkehrsverhältnissen und der Ansicht, wie die Kaufleute dieselben auffassen, leicht Rechnung tragen.

Ein Englischer Schriftsteller, Christian, in einer Note zu seiner Ausgabe des **Blackstone**, tadelt dieß, indem er sagt:

„Freilich dürfen deshalb die Kaufleute nicht glauben, daß jede neue Mode, welche sie einführen, ohne Weiteres Gesetzeskraft habe, eine Vorstellung, welcher von den Gerichten, (vermöge der Maxime: **cuilibet in sua arte credendum est**) nur zu sehr Vorschub geleistet werde. Die Kaufleute sollen ihr Recht von den Gerichten vernehmen, nicht diese von jenen; und wenn das bestehende Recht den Bedürfnissen des zunehmenden Handelsverkehrs nicht genüge, so sei es Sache des Parlaments, Abhülfe zu schaffen."

Dieser Satz verräth wenig Einsicht in den natürlichen und wünschenswerthen Gang der Rechtsbildung, und klingt im Munde eines Engländers um so auffallender, weil deren **common law** lediglich Gewohnheitsrecht enthält, und die Geschworenen, die dort auch in Civilsachen entscheiden, das Recht mit den Auffassungen der jeweiligen Sitten und Bedürfnisse viel mehr in Uebereinstimmung zu halten geeignet sind, als dieß anderwärts der Fall ist. — Der praktische Sinn der Englischen Richter billigt und begünstigt daher die neue Rechtsbildung, die der Theoretiker verwirft. Freilich darf das Ganze nicht bezogen werden auf bloße „neue Moden," wie Christian das Ding verächtlich nennt, sondern auf neue Verkehrs-Verhältnisse, die neue wahrhafte „Üsanzen" mit sich bringen, welche dann von der Englischen Special-Jury zuerst in judicio zur Anerkennung gebracht werden. Sie weisen als wahre Schöffen das Recht; woher soll es der Richter, der kein Kaufmann ist, kennen?!

Letzterer hat aber jetzt den Muth gehabt,*) für die Rechtswissenschaft selbst „die Natur der Sache" als vollkommen

*) In seinem vortrefflichen Systeme des Deutschen Privatrechts (Leipzig 1847) § 14, S. 53—57. Dieß Buch steht in jeder Hinsicht einzig in der Wissenschaft da. Es ist ein reiner Ausfluß jener großartigen Rechtsanschauung, die Beseler zur Geltung bringen will, wenn er die Natur der Sache als Rechtsquelle hinstellt. Die einzelnen Vorzüge dieses Werkes anzudeuten, ist wenigstens hier der Ort nicht. Sein allgemeiner Vorzug ist der, daß dieß Lehrbuch des Rechts das Rechtsleben abspiegelt, so daß der Rechtsbeflissene nach dem Studium dieses Buches weiß, wie es da draußen aussieht, und im Leben die eingesogenen Rechtsideen wieder erkennt, während fast alle übrigen Lehrbücher des heutigen Rechts, von Romanisten und Germanisten geschrieben, so wenig praktisch gehalten sind, daß der von Universitäten Zurückkehrende als völliger Fremdling in's Leben tritt, und sich in den ihn umgebenden Instituten nach der mitgebrachten Schulweisheit schlechterdings nicht zu orientiren weiß, sondern gewöhnlich von einem älteren Praktiker erst (salva venia) mit der Nase darauf gestoßen werden muß, mit der Belehrung: sieh, dieß ist eine Innung oder Gilde, das eine Actien-Gesellschaft, dieß eine milde Stiftung, das eine moralische Person, oder aber eine bloße Genossenschaft u. s. w. Mich dünkt, dieser allgemeine Vorzug ist nicht gering! — Das Buch hat nur einen Fehler: daß der 3te Theil noch nicht erschienen ist. Soll auch dieß Werk, wie Savigny und Puchta, unvollständig bleiben? Das wäre ein unersetzbarer Verlust für die Wissenschaft und die demnächstige Codification! Weit ersetzlicher war Beseler in Frankfurt, wo ihn ein Mandat für die National-Versammlung von der Fortsetzung seines Werkes abhielt. Welche räthselhafte Erscheinung! Beseler wirft kühn die ganze bisherige Rechtstheorie über den Haufen, und betritt in der Privatrechts-Wissenschaft bewußt den Weg der Revolution. Er sagt darüber nicht eben zart in der Einleitung: „Einem gewöhnlichen Schuster freilich begreiflich machen zu wollen, daß die Leisten, nach welchen er bisher gearbeitet hat, nicht von der rechten Art sind, ist ein bedenklich Unternehmen; doch wird die Wahrheit auch hier schon über das Handwerk den Sieg davon tragen." — Und in Frankfurt, wo Beseler die Revolution vorfand, und wo es sich um das öffentliche Recht handelte, das nicht so enge Schranken hat, wie das Privatricht, das sich den öffentlichen Zuständen, den veränderten Sitten, Ueberzeugungen und dem Wollen einer ganzen Nation wohl anpassen muß, da schien es, statt des pythischen Dreifußes, der ihm für die Neugestaltung des

gültige Rechtsquelle*) aufzustellen, und diesen Schritt eines der ersten Deutschen Juristen muß die Nation mit Jubel begrüßen, weil er **allein** geeignet ist, den jetzigen heillosen Rechtszustand zu verbannen, und dem Volke sein Recht angedeihen zu lassen, — vor Einführung eines neuen Deutschen Rechtsbuches durch die Vermittelung der sich an jenes Princip haltenden Wissenschaft, und dann durch Vorbereitung und Bewirkung einer, den vorhandenen Rechtsinstituten entsprechenden Abfassung des neuen Gesetzes-Codex. Die künftige beständige und fortschreitende Vermittelung des Deutschen Gesetzbuches mit dem vielgestaltigen Leben und seinen neuen Gebilden und Bedürfnissen wird sich freilich nur durch ein volksthümliches Element in den Gerichtshöfen (Geschworene in Civilsachen) erreichen lassen.

Freilich hat auch in unsern bisherigen Lehrbüchern die „Natur der Sache" immer als Rechtsquelle figurirt, aber in einem erbärmlichen, entweder trivialen oder gefährlichen Sinne. Es ward nämlich darunter verstanden entweder die bloße Logik, wonach dem aus einem Gesetze mit logischer Nothwendigkeit Folgenden gleichfalls Gesetzeskraft vindicirt wurde, — oder aber das allgemeine Naturrecht, die Billigkeit u. s. w., wobei sich jeder etwas Andres denkt, und sein subjektives Meinen an die Stelle des Rechts setzt.

Davor warnt Beseler ausdrücklich. „Und auf der anderen Seite, wie gefährlich ist es doch, ohne die gehörige Berücksichtigung des in concreten Erscheinungen bestimmt ausgeprägten Rechtslebens bloß der Lust der Deduction aus allgemeinen Begriffen sich hinzugeben." (Vorrede S. VI.)

Rechtszustandes gebührte, ein Schemel zu sein, den er bestieg, angehörend den politischen Schustern, die von dem alten Flickwerk und Leisten nicht lassen wollten. Wer klärt den Gegensatz auf?

*) Beseler protestirt zwar selbst gegen diesen Ausdruck (§ 30, S. 113); aber offenbar ohne Grund. S. die nächstfolgende Note.

Beseler's „Natur der Sache" als Rechtsquelle ist unumstößlich. Auch ihm ist die Gegenwart allein berechtigt. Deshalb weist er die absolute Nothwendigkeit und ausschließliche Berechtigung der historischen Methode in der Darstellung des Deutschen Privatrechts mit der einfachen Bemerkung zurück, daß es Fälle gebe, für welche das historische Material durchaus unzureichend sei, oder ganz fehle, und daß doch von einer Nothwendigkeit der geschichtlichen Begründung der Rechtsinstitute nur dann die Rede sein könne, wenn in dem Rechtsleben der Gegenwart die dazu erforderlichen Momente nicht vorhanden sind.*)

Beseler drängt also die Benutzung der (Rechts-) Geschichte in die ihr gebührende (2te) Stellung eines vorzüglichen Hülfsmittels zurück, und stellt die Gegenwart, die freie Anschauung des Lebens selbst in den Vordergrund, indem er das Deutsche Privatrecht aus der „Natur der Sache" regelmäßig zu entwickeln unternimmt. Die Natur der Sache ist aber

„das Princip, welches in den concret ausgebildeten Rechtsverhältnissen wirksam ist, so daß es **mit ihnen zugleich gesetzt**, sie beherrscht und daher auch, wenn es aufgedeckt und zum wissenschaftlichen Verständniß gebracht ist, als die **rechtliche Norm** erscheint, nach welcher, falls sonst keine positive Satzung vorhanden ist, die **Rechtsverhältnisse beurtheilt werden müssen.**"

Es leuchtet ein, daß mit Adoptirung dieses Fundamentalsatzes der gesammten Rechtswissenschaft jedem Streite über Anwendung des Römischen oder Deutschen Rechts, in subjectiver wie objectiver Hinsicht, der Boden entzogen und den Rechtsverhältnissen, die sich oft unter den zartesten Verschlingungen beider Rechte gebildet oder ihr eigenes Recht mitgebracht haben, kein Zwang angethan

*) a. a. O. § 13 in f.

wird. Es wird nicht mehr gefragt, gehört dieß Institut dem Deutschen oder Römischen Rechte an; es wird nicht mehr, wenn ein Institut im Allgemeinen aus dem Römischen Rechte entlehnt ist, jede einzelne Seite des Instituts nach Römischem Rechte, jede einzelne denkbare Frage wie der Gordische Knoten mit dem echten Schwerdte des Ulpian und Gajus zerhauen: — sondern es wird jeder einzelnen Rechtsbildung, die im Laufe der Jahrhunderte aus den Bedürfnissen des Lebens und unter dem Einflusse des Römischen Rechts und Deutscher Gewohnheit hervorgegangen ist, frei in's Auge geschaut und aus allen ihren concreten,*) einzelnen Erscheinungen und Wirkungen rückwärts das Princip reconstruirt, woraus jene geflossen sind, unbekümmert, ob sich dafür eine Rubrik im Römischen Rechte oder unseren hergebrachten Compendien findet.

Auf diese Art allein ist es möglich, ein neues Gesetzbuch zu schaffen, das seinen Zweck, Beseitigung der drückenden Mängel des bisherigen Zustandes, wirklich erreicht. Dieß ist nämlich nur möglich, wenn sich die neuen Redactoren von den minutiösen Römischrechtlichen Compendien-Regeln völlig emancipiren, und sich

---

*) Es ist also eine Unklarheit, wenn Beseler sagt: „die Natur der Sache sei an sich noch keine Rechtsquelle, sondern nur die thatsächliche Voraussetzung derselben; erst die durch das Rechtsbewußtsein des Volkes vollzogene Vermittelung, welche sich in der Uebung des Rechtssatzes ausspreche, begründe die Rechtserzeugung, und schaffe die Natur der Sache zum Volksrecht um." — Es ist ja von Beseler selbst ausgesprochen, das nur aus „concreten Rechtsverhältnissen" das sie beherrschende Princip entwickelt werden müsse und dann als Natur der Sache zur Anwendung komme. In diesen vorhandenen concreten Rechtsverhältnissen liegt ja nun eben die das Rechtsbewußtsein des Volkes andeutende Uebung des Rechtssatzes. Wollte man aus etwas anderem, als praktisch ausgeübten (einzelnen) Rechtssätzen das Princip abstrahiren, so würde man ja wieder auf jene grundverschiedene Natur der Sache verfallen, die mit einem angeblichen Natur- oder Vernunft-Recht identisch ist, wogegen Beseler selbst in der Vorrede S. IV. warnt.

auf den Beseler'schen Standpunkt stellen. Was hülfe uns ein neues Gesetzbuch mit den alten Gesetzen? — Tagtäglich sehen wir Menschen auf die unerhörteste, unschuldigste Weise ihrer Rechte beraubt, deren Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von Vorne herein auch keinen Augenblick zweifelhaft erscheint. Bei der bisherigen wissenschaftlichen Abwägung der Frage aber fand sich, daß der Grund des eingetretenen, obwohl unverschuldeten Verlustes unter keine der vier prätorischen Rubriken paßte, und so mußte das arme Schlachtopfer des **Rechtes** einer ungesunden Wissenschaft zu Liebe sein Recht einbüßen, wodurch ein Anderer dann unrechtmäßiger Weise Etwas gewann.

Tagtäglich sehen wir Unglückliche, die in Treu und Glauben mit Anderen um eine Gegenleistung contrahiren, ihr Eigenthum hingeben, und zunächst sich also ihrer Erwerbsquelle begeben, aber vergebens die Gegenleistung erwarten, und von dem Rechte (?!) verhindert werden, ihr Eigenthum wieder hinzunehmen. Ich meine dabei nicht die Contracte, wobei gerade das (juristische) Eigenthum als solches hingegeben ist, und die Gegenleistung durch die Einrede des nicht erfüllten Contracts verweigert oder hinausgeschoben wird — obgleich auch hier unglaublicher Mißbrauch getrieben und Mancher dadurch zum Bettler gemacht wird, so daß hier eine Abhülfe dringend Noth thut: — ich habe zunächst die Fälle der bloßen Vermiethung u. dgl. vor Augen, wo der Eigenthümer nur den Gebrauch der Sache auf lange Zeit weggibt, der andere Contrahent die Sache aber vielleicht nicht einmal gebraucht, z. B. als Miether eines Hauses auswandert, oder sonst den Miethzins nicht bezahlt. Hier steht jeder billigen und vernünftigen Hülfe der starre Rechtssatz entgegen, daß jede Partei nur auf Erfüllung eines Contracts klagen, nicht aber, wegen Nichterfüllung von der anderen Seite, ihrerseits nun auch von dem Contracte zurücktreten dürfe.

Tagtäglich sehen wir, daß Leute ihr Eigenthum, oder doch

das, worauf sie von Gott und Rechtswegen einen Anspruch haben, einbüßen, weil Gajus und Conserten ihnen keine Klage gegeben haben. So bei Zinsen und Früchten, welche nicht in Folge ausdrücklichen Nebenvertrages, sondern wegen mora oder sonst direkt ex lege gefordert werden. Wird das Capital oder die Sache vor der Klage ohne Zinsen, Früchte u. s. w. angenommen, oder wird dieser Anspruch im Haupturtheile vergessen, so ist er dem Berechtigten für immer verloren.

So ferner bei den Verbesserungen, die Jemand auf eine Sache verwandt hat. Wird ihm die Sache abgefordert, und er erzwingt den Ersatz dieser Verbesserungen nicht sofort durch eine Exception, so ist er darum. In beiden Fällen kann es sich um viele Tausende handeln.

Hier zeigt sich zwar die zwingende Macht der Verhältnisse dadurch, daß manche Schriftsteller die erwähnten Fragen ganz im Sinne der jetzigen Anschauungsweise und Bedürfnisse entscheiden. Ueber die Bedeutung der clausula generalis bei der Restitution ist von jeher Streit gewesen. Hier folgten die älteren Praktiker dem mit dem Bedürfnisse übereinstimmenden richtigeren Gefühle, und wollten sich durch die, allerdings völlig unverfängliche Aeußerung des Prätors „item si qua alia justa causa mihi videbitur, in integrum restituam“ völlig freie Hand behalten. Die historische Schule mit ihrer besseren, critischeren Methode bemühte sich indessen nachzuweisen, daß diese General-Clausel nur die etwa nicht speciell aufgeführten Fälle der Abwesenheit, oder höchstens der Abwesenheit analoge Fälle beziele. Savigny schließt sich dieser Auffassungsweise dem Wortlaute nach an, zählt zwar eine ungemeine Anzahl von Fällen auf, welche er dahin rechnet,*) bleibt indessen im Principe bei dem Wortlaute und nach strenger Hermeneutik erlaubter Analogie

*) System § 325 S. 167, § 326 S. 172—173, § 328 S. 185.

des Römischen Rechtes stehen, und nennt die frühere, weitere Auffassung der clausula generalis gefährlich.

Hermann dagegen vindicirt der Restitution, wenigstens wegen Irrthums, auf welchem Gebiete man sie gerade am meisten einschränken wollte, die unbedingteste Anwendung.*)

In gleicher Weise hat Sell das Princip der actio quanto quis locupletior factus est, in der Art zu allgemeinern versucht, daß überall da, wo in des Einen Vermögen sich Etwas findet, was dem Anderen gebührt, ein Klagrecht zur Ausgleichung gegeben werden soll.

Beide Schriftsteller gehen aber einen falschen Weg, wenn sie ihr Resultat aus dem Römischen Rechte selbst ableiten wollen. Sie haben da einen schweren Stand, müssen einzelnen Stellen Gewalt anthun, andere generalisiren, und werden nur Widerspruch und Zweifel in Wissenschaft und Praxis hervorrufen; denn sie stellen das Römische Recht dar, wie es sein sollte, nicht wie es ist. Es ist ein unfertiges, im Uebergange aus dem altcivilrechtlichen Formalismus zu der freieren Entwickelung stehen gebliebenes, und jene Schriftsteller setzen sich an die Stelle des Prätors, wenn sie auf diese Art, aus dem Römischen Rechte heraus die passende Form finden wollen, indem sie nachweisen, wie an einzelnen Fällen bereits das alte Princip aufgegeben und der freieren Anschauungsweise gehuldigt ist. Diese Fälle stehen im Römischen Rechte vereinzelt, und wenn sie das in ihnen liegende Princip, unter Aufhebung der alten entgegenstehenden Regel, generalisiren, so thun sie den letzten Schritt, wozu sich die Römischen Juristen noch nicht entschlossen hatten.

Das ist an sich löblich. Aber die Art der Begründung ist verfehlt, weil ihnen zehn andere Schriftsteller nachweisen, daß das Corpus juris jenes Princip als allgemeines noch nicht enthalte,

*) In der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. Th. V.

und damit, nach der bisherigen Methode der Wissenschaft, ihre Arbeit in nichts zerfällt.

Aehnlich verhält es sich mit unzähligen anderen speciellen Rechtsfragen. Die Hauptsache bleiben aber immer die oben hervorgehobenen Rechtsmaterien, ganze Rechtsfamilien, wobei sich ein principieller Gegensatz zwischen einheimischem und fremdem Rechte findet. Hier wird sich die neue Methode des heutigen praktischen Civilrechts am wirksamsten erweisen, und unseren bevorstehenden Codificationen ihre Färbung geben.

Und daß es wirklich dahin kommt, dazu werden die Aussichten immer besser. Beseler steht nicht allein mit seiner Auffassungsweise. Zwar ist es wohl zu bescheiden von ihm, wenn er sogar das Verdienst der Priorität von sich abweist, und Putter, Runde und Reyscher als seine Vorgänger nennt; denn wenngleich Runde unter der Natur der Sache allerdings etwas Aehnliches wie Beseler zu verstehen scheint, und in der That einen vortrefflichen Blick in die Natur der Deutschrechtlichen Institute und unseres heutigen Rechtslebens gethan hat, so kommt es doch eben darauf an, die Natur der Sache im Beseler'schen Sinne gerade als die Methode der Entwickelung des Deutschen Privatrechts anerkannt zu sehen, weil sonst jeder Gelehrte durch Anwendung Römischer Rechtsregeln, oder gar durch geschichtliche Deductionen aus den Deutschen Rechtsalterthümern selbst uns etwas Anderes vordemonstriren kann, als den heutigen Character eines unserer Rechtsinstitute.

Reyscher's Aufsatz, den Beseler anführt, liegt mir nicht vor. Aber es ist ein Unterschied über die Richtigkeit einer Methode in abstracto zu schreiben, und diese Methode durch Darstellung des ganzen Privatrechts-Systems anwenden und bethätigen, was Beseler in dem bisher Gelieferten ausgezeichnet gelungen ist. Ob von Reyscher's Würtembergschen Privatrecht dasselbe gilt, muß ich dahingestellt sein lassen, da mir das Werk nicht zur Hand ist.

Jedenfalls wäre die Uebereinstimmung zweier so vorzüglichen Gelehrten doppelt erwünscht, und eine neue Garantie der Richtigkeit der neuen Ansicht.

Daß Kirchmann dieselbe Ansicht vertheidigt, wenn er fordert, „jeder neuen Bildung frei ins Auge zu sehen, und rein aus ihr selbst die neuen Begriffe und Gesetze hervorgehen zu lassen," ist schon oben gesagt. Ich kann aber von diesem trefflichen Manne, dessen Ansicht über die Stellung und den Werth der Wissenschaft ich oben bekämpfen und mich seinem Gegner Stahl*) anschließen mußte, nicht scheiden, ohne eine Paralelle im Uebrigen, im Resultate, das beide wollen, zwischen beiden Männern zu ziehen. Von Kirchmann, früher Staatsanwalt zu Berlin, nachher Vicepräsident beim Obergerichte zu Ratibor, ist der Mann, der im Conflicte zwischen Regierungs-Willen und Rechte ohne Bedenken dem letzteren folgte, damit seine „Stellung" gefährdete, aber seine Ehre und sein Gewissen rein hielt, ein Namen, mit der Achtung und dem Segen ganz Deutschlands geschmückt.

Stahl ist Professor der „Rechte" zu Berlin. Daß er aber von des Volkes „Rechten" nur ein einziges aufrecht zu halten gesucht hätte, davon ist nichts bekannt.

---

*) Es verdient hervorgehoben zu werden, daß auch dieser in seiner Rechtsphilosophie B. II. von einer „Natur der Sache" spricht, sich aber nicht völlig klar darüber geworden ist, indem er darunter, wenn er sie raison écrit nennt (S. 401), oder als „factische Beziehungen eines Verhältnisses, die bisher noch nicht vorgesehen, nunmehr hervorgehoben, Anhaltspunkte gerade für die Entscheidung nach Principien **des positiven Rechts** gewähren," bezeichnet (S. 183 § 10), offenbar die logische Weiterentwickelung des Gesetzes versteht, während er sich durch Ausdrücke, wie: „die Natur der Sache (die in den factischen Lebensverhältnissen liegenden Beziehungen und Bedürfnisse) steht in einer tiefen Beziehung zu den Rechtsideen selbst: sie ist eben auch nichts Anderes, als die Bestimmung (das soll aber Telos heißen) der Lebensverhältnisse," u. s. w. (S. 403) der Beseler'schen Auffassung zu nähern scheint.

Ich will indessen auf politische Fragen hier nicht eingehen, sondern nur noch andeuten, was beide für unseren künftigen Rechtszustand erstreben.

Hier verrathen die beiden Brochüren die Verfasser, auch wenn deren Namen nicht auf dem Titelblatte ständen. Die eine muß von einem praktischen Juristen, **der ein Herz für des Volkes Wohl und Wehe hat,** die andere von einem „Professor“*) geschrieben sein.

Kirchmann erkennt vollkommen das Haltlose und Unheilvolle unseres Zustandes an, wobei keine Kenntniß und also auch keine Achtung des Gesetzes im Volke möglich ist, die Rechtsstreite wie Glücksspiele erscheinen. Er verlangt eine einfache, auf freie Anschauung der Institute gegründete Gesetzgebung und eine starke Theilnahme des Volkes an der Rechtsprechung, und ist von der Nothwendigkeit dessen, was er fordert, so überzeugt, daß er prophetisch den neuen Zustand vorhersagt.

Stahl dagegen, der unser Recht für sehr erträglich und die Resultate der Wissenschaft in Beziehung auf dieß Recht für unübertrefflich hält, meint, es bedürfe nur einer ganz geringen Nachhülfe, namentlich im Processe**) und beschuldigt Kirchmann, ohne es mit ausdrücklichen Worten zu sagen, einer bloßen Buhlerei

---

*) d. h. in dem Sinne, wie dieß Wort in den letzten Jahren für einen bloßen (unpraktischen) Büchergelehrten und alten Doctrinair voll Selbstvergötterung gebraucht wird; denn, — abgesehen von dem vortrefflichen Axiom Mösers „keine Satyren gegen ganze Stände!“ — wem hätte die Deutsche Nation wohl mehr zu verdanken, als den Pflegern Deutscher Wissenschaft auf den Universitäten und den, in der allgemeinen reactionairen Sündfluth felsenfest stehenden Spruch-Collegien!

**) a. a. O. S. 18. — Weit ruhiger und richtiger beurtheilt Stahl den Werth des geltenden Rechts in seiner „Philosophie des Rechts,“ B. II. Buch III. Anhang § 70, 71. Nur daß Kirchmann das Heiligthum der Wissenschaft anzugreifen gewagt hat, scheint „den Professor“ so in Harnisch zu bringen, daß er nun auch allen und jeden Behauptungen des ersteren widerspricht.

um die Gunst des Pöbels.*) Für Stahl ist die gründliche Herausstellung dessen, was „das Gesetz will," sei es, daß dazu „stäubige Commentare" erforderlich sind, oberstes Princip und wirklich der Born aller materiellen Gerechtigkeit.**) Es kommt ihm also lediglich auf den eigentlichen Willen des Gajus u. s. w. an, sei es, daß dieser dem heutigen Volkswillen, dem Rechtsbewußtsein des Volkes diametral entgegengesetzt wäre. Der Fortschritt, der wirklich vom Volk in diesem Sinne (d. h. im Gegensatze der Rechtswissenschaft) — les't es und staunt darob: —

„der Fortschritt, der wirklich vom „Volk" in diesem Sinne ausgeht, vom Communistenführer Babeuf, vom Handlungskommis Fourrier, vom Schneidergesellen Weitling, dieser Fortschritt muß sich erst in der Zukunft noch bewähren." (a. a. O. S. 9).

Das ist also die Anschauung des Professors Stahl, der die Geschicke des „Volks" mit leiten will, daß er das „Volk" mit Babeuf, Fourrier und Weitling identificirt, und daß ihm Alles „Volk" ist, was nicht zur Rechtswissenschaft gehört.

Unter solchen Voraussetzungen muß denn natürlich Herrn Stahl Alles, was vom Volke ausgeht, ein Greuel sein. Er ist deshalb nicht nur dem volksthümlichen Elemente (Schöffen) bei Civilgerichten entgegen, er verdammt auch die Jury. „Scheut sich die jetzige Jury nicht, bei dem Urtheil über die Thatsache dem

---

*) Das. S. 27. (Dieß Streben beruht auf . . . jener „Vergötterung des Volks" u. s. w.

**) Leider ist dieser, wenn es sich um stricte Interpretation geschriebener Gesetze, — deren unveränderte Gültigkeit also vorausgesetzt — handelt, an sich richtige Satz eine sehr verderbliche Stereotype in der neueren Litteratur der historischen Schule geworden. Man sollte bei der so viel angepriesenen Reconstruction des Gedankens des Gesetzgebers immer hinzufügen „falls nicht die herrschende Rechtsüberzeugung die betreff. Rechtsfrage offenkundig eine ganz bestimmte Gestalt (Natur der Sache) in der Gegenwart aufgedrückt hat;" wenn es also feststeht, daß in casu gerade dem ursprünglichen Wortsinn des alten Gesetzes nachgelebt werden muß.

augenfälligen Thatbestand entgegen zu sprechen, um ihre moralischen, politischen, legislativen Ansichten geltend zu machen, wie sollte sie beim Urtheile über das Recht auf dieselben verzichten und an das Gegebene sich binden?" —

Dieß Alles ist aber Stahl noch nicht crass genug: er sucht sich immer mehr selbst zu überbieten, und fällt dadurch in einen Widerspruch mit sich selbst und einen Nonsens, der dem „Professor" gerade keine Ehre macht.

„Daß dieß Streben (das Volkselement an die Stelle der Rechtswissenschaft zu setzen), daß diese Mißachtung des Werthes der Rechtswissenschaft," sagt Stahl, „in der neuesten Zeit so gestiegen ist, beruht vielleicht schon im Allgemeinen auf jener Vergötterung des Volkes" — (welche Folgen hat denn die von der Stahl-Gerlach'schen Schule gelehrte Vergötterung anderer Leute?!) — „welche als Grundton der Gegenwart in der mannigfachsten Weise überall wiederklingt; es beruht aber insbesondere auf einer Verkennung des richtigen Verhältnisses von Volk und Recht. (!) Das Recht ist nicht ein bloßes Werk des Volkswillens, der Volksansicht, es ist etwas Selbstständiges, eine sittliche Anforderung über dem Volke, und es ist in letzter Instanz nicht der Werth des Rechts danach zu bemessen, ob es der Volksansicht, sondern der Werth der Volksansicht, ob sie dem Rechte entspricht!!"*)

---

*) Wie paßt es dazu, wenn er in der Rechtsphilosophie sagt: Das Recht geht hervor aus dem Bewußtsein der Nation u. s. w. Bewußtsein der Nation ist aber entweder Volksbewußtsein, oder obrigkeitliches, oder juristisches Bewußtsein. So entspringt alles Recht im Bewußtsein der Nation, in der Würdigung ihrer Lebensverhältnisse. **Cap. III. § 13.**

„Die nationale Ueberzeugung ist darum allerdings die Quelle für den bestimmten Inhalt des Rechts" (und doch soll der Werth eines bestimmten Rechts nicht danach bemessen werden, ob es aus dieser seiner natürlichen Quelle kommt?!) „und das nothwendige Mittel, durch das es zu seiner äußeren, objectiven Existenz gelangt. Das. § 15.

Du lieber Gott, zu welchem unsittlichen, verderbten Volke macht Herr Stahl damit die Deutschen des 14. und 15. Jahrhunderts, weil sie z. B. die Erbverträge für gültig hielten, während doch die „Professoren" der damaligen Zeit (scheinbar eben so verquere Köpfe, wie manche unserer heurigen) zu Recht erkannten, daß sie nach const. 30 Cod. de pactis ungiltig seien, kurz weil die „Volksansicht" dem aufgedrungenen „Rechte" fast in jedem Punkte direct entgegenstand.

Ich schreibe indessen in dem Vertrauen, daß meine Urelter-Ahnen trotz des Verdammungsurtheils des Herrn Stahl ganz vergnügt im Himmel leben, und erfreue mich hoffentlich ihres und aller vernünftigen Lebendigen Beifalls, wenn ich ganz trocken behaupte, durch den obigen Knalleffectschlußsatz hat Herr Stahl auf das Unwiderleglichste bewiesen, daß allerdings mitunter eine unverkennbare „Verkennung des richtigen Verhältnisses von Volk und Recht" Statt findet, wenn auch vielleicht nicht überall in gleich crassem Grade, wie bei dem Königl. Preußischen Geheimen Justizrathe und Professor der Rechte Dr. Stahl.

Für den Werth eines „positiven" Rechts gibt es offenbar gar kein anderes Abwägungs-Moment, als nur dessen Uebereinstimmung mit der, auf Sitte und Bedürfniß beruhenden Rechtsüberzeugung, Rechts-Anschauung, „Rechtsansicht" gerade des Volkes, für welches dieß Recht gelten soll.*) Ein an sich vortreffliches Recht, ein „prädestinirtes Weltrecht" (wie das Römische Recht von manchen seiner Vergötterer aus der historischen Schule genannt ist) gibt es gar nicht, und kann es nicht

---

*) Stahl gibt zu, daß durch Zufall und schlechte äußere Einflüsse „das Recht dem nationalen Bewußtsein in hohem Grade entfremdet, ja sogar widersprechend sein kann," (das. § 18) und dennoch soll der Werth der National-Ueberzeugung an der Uebereinstimmung mit dem positiven Rechte gemessen werden!! Vergl. v. Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung S. 43.

geben, weil das Recht erst ein Zweites ist, was sein Erstes, ein Volk auf einer gewissen Stufe der Bildung mit bestimmten Sitten, (Ehe, Eigenthum u. s. w.), voraussetzt.*) Aber auch gesetzt, es könnte ein allgemein schätzbares, ein s. g. Vernunftrecht von der Wissenschaft als etwas zu Realisirendes, oder doch als ein Maaßstab anerkannt werden — vergißt denn Stahl ganz, daß er eben gegen Kirchmann deducirt hat, daß es sich bei der vorliegenden Frage um das positive Recht handele? Es wird uns also von Stahl gleichfalls der Boden unter den Füßen verrückt, wenn er die volksthümlichen Elemente aus dem praktischen Rechte und dessen Verwirklichung im Leben verbannen will, und dabei einen Grund gebraucht, der von der s. g. materiellen Gerechtigkeit, von einem supponirten Vernunftrechte hergenommen ist. Ist das auch eine Bethätigung der „historischen" Schule? —

Galt es hier einen groben und unheilschwangeren Irrthum Stahl's, der eine stark pietistische Färbung hat, zurückzuweisen, so wird es nun noch darauf ankommen, den schwersten Vorwurf zu widerlegen, den Kirchmann der Wissenschaft im Allgemeinen macht. Es ist der schon oben angeführte, daß „die Wissenschaft sich von jeher ohnmächtig erwiesen habe, den Völkern bei großen Phasen ihrer Bildungsgeschichte als Leiterin zu dienen; daß sie die Gegenwart noch niemals verstanden habe; daß die Völker immer auf sich selbst zurückgewiesen seien."**)

Wenn das wahr wäre, dann wäre freilich die Rechtswissen-

---

*) Diese verirrten Schüler kennen die Worte ihres eigenen Meisters nicht. Savigny a. a. O. S. 30 drückt diese Grundanschauung über Wesen und Werth des Rechts sehr schön so aus: „Das Recht hat kein Dasein für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen."

**) Diesem Vorwurfe stimmt bei Köstlin, der Wendepunkt des Deutschen Strafverfahrens im XIX. Jahrhundert S. 4—18. — Daß dessen Urtheil zu hart ist, wird im Texte gezeigt werden.

schaft als Wissenschaft werthlos; denn bei der Bildsamkeit des Rechtsstoffes ist allerdings die Aufgabe der Rechtswissenschaft, sowohl in die Vergangenheit als in die Zukunft zu dringen. Dort soll sie die Natur des Vorhandenen erforschen, wenn die Gegenwart zur völligen Erklärung nicht hinreicht; hier soll sie das, der fortschreitenden Entwickelung Ersprießliche, der neuentstandenen Volksansicht entsprechende Neue finden und in's Leben führen.

Ob sie das geleistet hat, ob sie dazu wenigstens fähig ist, das ist also die Frage, und auch zu ihrer Beantwortung können wir des Begriffs der Wissenschaft und ihrer Erscheinung, worüber Kirchmann künstlich hinwegschlüpft, nicht entbehren. Die Rechtswissenschaft im gewöhnlichen Sinne begreift die Kenntniß und Anwendung des positiven Rechts. Die Rechtswissenschaft im allgemeinen (wissenschaftlichen Sinne) umfaßt die ganze Rechtssphäre, wovon die ebengenannte Rubrik nur ein Zweig ist. Die Rechtswissenschaft soll sich außerdem mit den Gründen des Rechts, mit dem relativen Werthe der vorhandenen Rechte, mit Aufsuchung der Mängel und einer passenden Weiterbildung desselben (Gesetzgebungs-Politik), insbesondere mit den vorhandenen staatlichen Einrichtungen und Bedürfnissen (Politik im engeren Sinne) beschäftigen. Nur der Jurist, der die Rechtswissenschaft in diesem weiteren Sinne sich anzueignen sucht, kann bewußt seine hohe Aufgabe — **sei es als Theoretiker oder Praktiker** — erfüllen.

Die Rechtswissenschaft tritt ferner in zwei Formen auf, sie hat zwei Träger; die Litteratur und die Juristen. In dem Treiben der letzteren manifestirt sich die Wissenschaft so gut, wie in den Schriften der Gelehrten. Es kann sehr wohl einer dieser beiden Träger seine Schuldigkeit nicht thun, ohne daß darum die ganze Wissenschaft brach zu liegen braucht.

Wenn wir danach die Leistungen der Rechtswissenschaft beur-

theilen, so ist es zunächst in der Deutschen Rechtsgeschichte eine anerkennenswerthe Thatsache, daß die Wissenschaft erkannte, daß dem nationalen Bedürfnisse nur durch die Wiederbelebung des Deutschen Rechts, Losreißung desselben von den Römischen Pandecten-Vorlesungen und Constituirung zu einer eigenen Wissenschaft abgeholfen werden könne. Aehnlich wurde im Speciellen das Bedürfniß der Erblichkeit der Meiergüter anerkannt, und gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts von der Wissenschaft ausgesprochen,*) wodurch dem zahlreichsten Theile der Bewohner des nördlichen Deutschlands ihre Existenz gewährleistet wurde.

Glänzend aber hat die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe, große Reformen vorzubereiten, gelöst. Unsere ganze heutige Staatsform, die constitutionelle Monarchie, ist durch die Wissenschaft nach Deutschland verpflanzt.**) Das Volk kannte sie vor 40 Jahren noch gar nicht. Um die Kleinodien der neueren Zeit, Preßfreiheit, öffentliches mündliches Proceßverfahren, Schwurgerichte,***) hat aber die Wissenschaft, theilweise seit Gönner, förmlich gerungen, gerungen im heißesten Kampfe, und mit der uneigennützigsten Gewissenhaftigkeit, vom Volke theils gar nicht, theils schwach unterstützt, von den Regierungen oft verfolgt und gemartert.

Aber nicht bloß bei diesen, ihr recht eigenthümlich angehörigen Sphären ist die Wissenschaft stehen geblieben: sie hat auch liebevoll die materiellen Bedürfnisse des Volkes aufgesucht und sorglich in einem Sinne gepflegt, um nationale und Rechts-Einigung immer mehr anzubahnen. Ein allgemeines Deutsches Wechselrecht ist geschaffen; die Möglichkeit und Nothwendigkeit eines all-

---

*) Ich erinnere an Struben's Schriften, insbesondere de jure villicorum.

**) Ich erinnere an Carl Salomon Zachariä (40 Bücher vom Staate).

***) Ich erinnere an Mittermaier, Nintel, Köstlin, Gundermann, denen, wenn man die Schwurgerichte abrechnet, fast alle namhafte Rechtsgelehrte beizuzählen sind.

gemeinen Münz= und Zoll=Systems ist vielfach behandelt, selbst die Abfassung eines allgemeinen Deutschen Gesetzbuches längst erwogen, und eine Vertretung des Volkes beim Fürsten=Bunde gefordert.

Ich erinnere, was die Schriftstellerei anlangt, an die in dieser Richtung vortrefflichen Werke Rotteck's und Welker's, insbesondere an deren Staats=Lexikon.

Wenn sich aber hier etwa eine Lücke findet, so ist sie reichlich ausgefüllt durch den anderen Träger der Wissenschaft, durch die lebenden und wirkenden Juristen.

Hier drängt sich gleich die halb wehmüthige, halb höhnische Frage auf: wer hat seit 30 Jahren die Staatsgefängnisse gefüllt, als Professoren, Advocaten und Richter, weil sie die von ihnen wissenschaftlich als richtig erkannten, der National=Entwickelung entsprechenden Institutionen (Constitution, Preßfreiheit u. s. w.) in's Leben führen wollten? Eine Advocaten=Versammlung aus ganz Nord= und Mittel=Deutschland war es, die im October 1847 zu Hamburg öffentlich aussprach, daß die von Bundeswegen geübte Censur rechtswidrig, unsittlich und unverbindlich sei, während gleichzeitig zu Kiel eine Professoren=Versammlung dem Deutschen Volke die Schwurgerichte vindicirte. Das waren die beiden Rechtsfragen, deren Beantwortung eine „große Phase" der Europäischen Völker=Entwickelung bedingten.

In den Stände=Versammlungen aller Deutschen Länder waren die Vorkämpfer der freiheitlichen und nationalen Entwickelung immer Rechtsgelehrte, und es ist eine bedeutsame Erscheinung, daß im März=Sturme fast überall solche, meistens Advocaten, die neuen Ministerien bilden mußten. Und wie? Schlägt nicht Kirchmann's eigene Person seinen der Rechtswissenschaft gemachten Vorwurf zurück? Ist es nicht eine der größten Phasen im Völker=Leben, wenn es sich darum handelt, ob Cabinets=Justiz oder unbeugsame, ehrenhafte Richter die Gerechtigkeit fortan ver=

walten sollen? Hat sich nicht die Wissenschaft schon längst auf's Bündigste für letztere erklärt, und hat nicht Kirchmann diesen Ausspruch der Wissenschaft bethätigt? Gehören nicht die von der Nation gefeierten Namen, wie Waldeck, Temme, Wesendonk, die beiden Simon, Mohl ꝛc., Rechtsgelehrten an, ja bezeichnen nicht Rechtsgelehrte, wie Linde, Pfordten, Stüve, Römer, Hecker, die Spitzen aller Parteien? Tauchte nicht, sobald durch die Revolution die Möglichkeit neuer Schöpfungen gegeben war, eine Unzahl Schriften auf, die Entwürfe der Reichsverfassung, eines allgemeinen Deutschen Civilprocesses, der Geschwornen-Einrichtungen u. s. w. enthielten, über andere Institutionen aber, wie allgemeine Codification des Deutschen Rechts sich rathend und wegweisend aussprachen.

Und dieß führt mich auf eine trostreiche Wendung der Deutschen Rechtswissenschaft. Schon oben ist ausgesprochen, daß die historische Schule in der Jurisprudenz die allein richtige sei, daß sie aber ihr Wesen erst dann richtig erkenne, wenn sie nicht bloß einseitig die Vergangenheit anbaue, sondern wenn sie in die allein berechtigte Gegenwart ihren Fuß pflanzt, und mit einem Januskopfe die Vergangenheit und Zukunft zugleich im Auge hat. Es ist bereits angeführt, daß eine solche Jurisprudenz kein unerreichbares Ideal ist, sondern daß ihre Anfänge schon praktisch unter uns erblühen, wie das lebensfrische Werk Beseler's bezeugt. Das Tröstendste aber ist, daß solche Werke nicht etwa bloß auf einem dunklen Gefühle beruhen, welches zufällig das Richtige trifft, sondern daß die Wissenschaft bereits in abstracto die Berechtigung der Gegenwart anerkennt, und die historische Schule ihrer früheren Einseitigkeit sich bewußt wird, wenn nicht vielleicht richtiger gesagt wird, daß während der alte verdorrt, ein neuer Zweig aus ihr hervorwächst, der die Aufgabe der geschichtlichen Rechtswissenschaft im obigen Sinne deutlich erkennt und unumwunden ausspricht.

Dieß ist geschehen in erfreulichster Weise von Geib.*) Er spricht sich in einem eigenen Theile seiner Schrift (No. I. S. 1—27) darüber aus, daß gerade die Rechtswissenschaft sich der Veränderungen im Rechtsleben, welche bei großen politischen Veränderungen immer einzutreten pflegen, annehmen müsse, und definirt die historische Schule als eine solche, die ihrem Wesen nach darauf hingewiesen sei, die Bedürfnisse der Gegenwart aufzusuchen, die nöthigen Veränderungen vorzubereiten, und, wenn die Zeit reif ist, auszuführen. Jeder, der das leugne, und einen Widerstreit der historischen Schule mit der Gegenwart und ihren Forderungen annehme, zeige damit nur seine eigene Unkenntniß der Principien dieser Schule.

Selbst Stahl scheint eine Ahnung von diesem Verhältniß zu haben, wenn man seine Worte: „Historische Richtung und nationale Richtung sind so wenig Gegensätze, daß sie sich vielmehr gegenseitig bedingen, und jede, falls sie die andere bekämpft, damit nur sich selbst mißversteht,“**) in ihrem vollen Sinne stehen darf.

Und so wollen wir denn der von Geib definirten „neueren historischen Schule“ Gedeihen und Heil wünschen, weil die Nation beides auch von ihr erwarten muß.

---

*) Die Reform des Deutschen Rechtslebens. Leipzig 1848.

**) a. a. O. Buch III. Anhang a. E.

Nachwort.

Einer Vorrede — denen ich überhaupt abhold bin — bedurfte die vorstehende, im Winter 1848 geschriebene Besprechung eines so wichtigen Gegenstandes nicht. Ein Nachwort wegen ihres jetzigen Erscheinens im Drucke kann ich dem Leser und mir nicht ersparen.

Als ich diese Gedanken, die einer ausschließlichen Beschäftigung mit der Theorie und den Quellen des Römischen Rechts während etwa 6 Jahren und dann einer praktischen Anschauung des Rechtslebens während anderer 6 Jahre entflossen waren, zum Drucke niederschrieb, waren die brennenden Fragen wenigstens in neuerer Zeit noch gar nicht besprochen und jeder Versuch darüber war also als bloße Anregung schon berechtigt.

Das Manuscript lag schon im Jahre 1849 einem Verleger vollständig in seiner jetzigen Form vor; ungünstige Verhältnisse verhinderten aber den Druck.

Im Jahre 1852 erschien Ihering's „Geist des Römischen Rechts" und seitdem haben sich sehr hervorragende Kräfte an die Lösung der Aufgabe gemacht, nämlich:

Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem Römischen und Germanischen Rechte (1853);

Esmarch, Römisches und Germanisches Recht in der Kieler allgemeinen Monatsschrift für Wissenschaft und Litteratur (December 1853);

Lenz, über die geschichtliche Entstehung des Rechts (1853);
Kuntze in der critischen Ueberschau II. 2. Heft No. VII. 1854;
Leist, dogmatische Analyse Römischer Rechtsinstitute. 1854;
endlich noch Röder, Grundgedanken und Bedeutung des Römischen und Germanischen Rechts 1855.*)

Es liegt nun die Frage nahe und ich glaube deren öffentliche Beantwortung mir selbst schuldig zu sein:

kann die Veröffentlichung dieser vor 6 Jahren geschriebenen Arbeit noch jetzt ersprießlich sein? und

sollte sie nicht wenigstens unter Benutzung der angeführten neueren Arbeiten so namhafter Gelehrten über denselben Gegenstand umgearbeitet werden?

Der erste Einwurf trifft die Sache, der zweite die Form.

In erster Hinsicht nun bin ich vielmehr gerade durch die genannten neueren Arbeiten zur Veröffentlichung dieses älteren Aufsatzes bestimmt, weil sich in jenen theilweise wieder der große Rückschritt in der Wissenschaft kund gibt, daß sie sich um die Alternative „Römisches **oder** Deutsches Recht" drehen; — ein Standpunkt, den ich nach meiner obigen Ausführung für ohnlängst überwunden hielt.

Eine Umarbeitung des Aufsatzes aber würde meinem Zwecke in mehr als einer Hinsicht nicht entsprechen.

Man kann und soll bei einer schriftstellerischen Arbeit die nachhelfende Feile an einzelne Worte und Wendungen setzen: im Ganzen muß die Arbeit aus einem Gusse sein und bleiben, wenn sie nicht jeden Eindruck schon durch ihre eigene formelle Ungleichheit und Verwirrung zerstören, und gleichsam selbstmörderisch wirken soll.

---

*) Eine von diesem mehrfach lobend erwähnte Schrift Gaupp's über die Zukunft des Deutschen Rechts (1847) ist mir leider gänzlich unbekannt geblieben. Die Röder'sche Schrift bekam ich erst während des Druckes dieses Aufsatzes.

Dazu kommt, daß die angeführten neueren Arbeiten meine Ansichten in nichts geändert haben und fast alle auf einer grundverschiedenen Anschauung, zum größten Theile, wie schon erwähnt, sogar auf dem hier bekämpften Gegensatze zweier geschichtlichen Principe, der s. g. Romanisten und Germanisten beruhen.

Endlich ist die vorstehende kleine Brochüre für einen **ganz anderen** Leserkreis, nämlich zur Aufklärung der gebildeten Laien über unseren Rechtszustand geschrieben, während die angeführten Arbeiten der eben genannten neueren Schriftsteller durchaus gelehrte Arbeiten für den Fachgenossen sind. Dieß, und nicht bloß die Aufregung der Zeit der Entstehung — mag auch den von mir angeschlagenen Ton rechtfertigen: ich wollte nicht über gelehrte Spitzfindigkeiten streiten und mikrologische Beweise führen, sondern ich wollte überzeugen und wo möglich für eine von mir für segensreich gehaltene Idee begeistern. Dazu gehört Lebhaftigkeit, Bestimmtheit und möglichste Gluth der Sprache. Im anderen Falle würde ich Alles auf das beliebte „möchte, könnte, dürfte" gestellt haben, zumal ein litterarischer Gegner mir mal die Replik unter dem Vorwande schuldig blieb, er fühle sich mir nicht an Entschiedenheit der Sprache gewachsen!

Aus den angeführten Gründen glaubte ich also eine Umarbeitung dieses Aufsatzes nicht vornehmen zu dürfen und ebensowenig ist dieß der Ort zu einer eingehenden Kritik der neueren Arbeiten.

Nur ihre allgemeine Tendenz glaube ich nachtragen zu müssen, theils weil daraus die Wahrheit des von mir Gesagten, insbesondere des Getadelten wiederum bewiesen wird, theils um mein Thema auch wirklich bis auf die Gegenwart zu verfolgen.

Dabei schicke ich voraus, daß ich nur die Arbeiten von Schmidt, Kuntze, Leist (und Ihering zum Theile)*) aus eigner Lektüre, Esmarch und Lenz nur aus den Besprechungen Anderer kenne.

---

*) Jetzt auch Röder.

Ihering, ein Schüler der s. g. historischen Schule, ist ein warmer Fürsprecher des Römischen Rechts und zwar nicht nur wegen seiner meisterhaft logischen Durchbildung, sondern gerade wegen des Gedankens, wovon es getragen wird, nämlich der rechtlichen Herausbildung der Persönlichkeit des Individuums. Stellt er auch das Römische Recht nicht geradezu als das „prädestinirte Weltrecht" hin, so kommt er doch zu dem Resultate, daß (Worte Kuntze's) „das Römische Recht in der Virtuosität der Selbstsucht wurzle und findet in ihr, ruhend auf einem System des disciplinirten Egoismus, getragen durch den Gedanken, daß das Recht die Religion der Selbstsucht sei, des Römischen Volkes Prädestination zur Rechtscultur."

Diese Bewunderung des Römischen Rechts in abstracto — die an sich nichts mit der Frage zu thun hat, ob es gut war, dasselbe in Deutschland ohne Weiteres zu adoptiren? und ob es jetzt als eigentliche Rechtsquelle beizubehalten ist? — steigt bei Lenz bis zur völligen Abgötterei, indem er das Römische Recht für das absolute Weltrecht erklärt. Er nennt es das „rechte, einzige, absolute, ewige,"*) und stützt dieß darauf, daß die Römer kein Volk (soll heißen „einheitliches," keine Nation) gewesen seien, sondern eine Völkermischung, die eben durch Ueberwindung des Volksthümlichen (Nationellen) das allgemeine gültige, absolute Recht gewonnen hätten.

Ihm kann man nur die Worte Beseler's entgegenhalten:**)

„Einen Zasius, der im ersten Enthusiasmus eines noch jungen Studiums und vom Geiste des Alterthums trunken, nur im Römischen Recht die ratio findet, mag eine solche Exaltation verziehen werden; aber jetzt sind wir doch, im gewohnten Besitze der Bildung, nüchtern genug geworden, um so Etwas nicht mehr zu dulden."

---

*) a. a. O. S. 82.

**) Volksrecht und Juristenrecht S. 74.

Den entgegengesetzten Pol dieser Lenz'schen Ansicht nimmt Schmidt ein.

Derselbe hält das Römische Recht für sehr verderblich: nicht sowohl seiner einzelnen Satzungen wegen, als wegen des ihm inwohnenden s. g. Subjectivitäts-Princips, d. h. weil dasselbe als letzten Grund und Verbindungskraft des Gesetzes allein das menschliche Bedürfniß und den Willen des Menschen anerkenne und das Gebiet der sittlichen Pflichten vollkommen von dem Rechtsgebiete absondere, während nach ihm (auch für den Germanischen Standpunkt)

„der aus der natürlichen und geschichtlichen Ordnung unseres Lebens sich ergebende höhere sittliche Zweck der einzelnen Lebensverhältnisse"*) (ein allgemein gültiges, objectiv gewisses Sittengesetz)

das oberste Princip für die Gestaltung des Rechts ist.

Schmidt will deshalb das Römische Recht in seiner Totalität verbannt und das gesammte Recht nach dem Germanischen Grundgedanken construirt wissen.

So sehr ich diese Ansicht auch für verkehrt halte, die mit einer oft in dem Buche durchblickenden Befangenheit in religiösen und politischen Dingen eng zusammen zu hängen scheint, so muß doch zugestanden werden, daß Schmidt die entsetzliche Krankhaftigkeit unseres Rechtszustandes vollkommen erkannt, und wohl zuerst die schneidende Dissonanz zwischen Deutschem Leben und Römischem Rechte, den Gegensatz in seiner nackten Häßlichkeit völlig rückhaltslos öffentlich ausgesprochen hat.

Von dem ganzen, 340 Seiten starken Buche ist die Einleitung auf S. 1—28 am Lesenswerthesten. Sie ist auch vortrefflich geschrieben, indem sich Schmidt dabei in bewunderungswürdiger Weise auf einem objektiven Standpunkte gehalten hat. Der

*) § 6 a. E.

übrige Inhalt hat nur insoweit Interesse und wahren Werth, als die auf fast alle Theile und jedes einzelne hervorstehende Institut des Römischen und Deutschen Rechts ausgedehnten Ausführungen, „daß dort das vom Sittengesetze losgerissene Belieben der Einzelnen, hier das objektive Sittengesetz die Verhältnisse regulirt und die Rechtsnormen (natürlich ganz abweichend) bestimmt habe" jedenfalls die Thatsache erläutern und unbestreitbar feststellen:

daß Römisches Recht und Deutsche Rechtsverhältnisse und Lebensformen in einem möglichst crassen Widerstreite mit einander stehen und eine Amalgamirung beider nicht denkbar ist, sondern nur ein Kampf auf Leben und Tod.

Und dieß ist das zweite große Verdienst Schmidt's, daß er mit Sorgsamkeit und Geschick die Grundverschiedenheiten zwischen Römischem und Deutschem Recht aufgesucht und veranschaulicht hat.

Ich kann mir nicht versagen, einige treffende Bemerkungen und Urtheile aus der Einleitung anzuführen, die alle Gegengründe gegen diese Auffassung der Sache niederschlagen und zugleich die vollständigste Uebereinstimmung zweier Juristen, die sich nie gekannt und nie von ihren beiderseitigen Arbeiten Etwas erfahren haben, von denen der eine (Schmidt) seine Erfahrungen als Richter, der andere (der Verfasser dieses Aufsatzes) die seinigen als Sachführer gesammelt hat, über die Art und Größe des Uebels herausstellen, während über das Heilmittel freilich die Ansichten nicht stärker divergiren können.

Schmidt schickt auch die Bemerkung voraus,

daß das Römische Recht die Grundlage unseres ganzen Studiums bildet und unsere ganze Denkweise derartig beherrscht, daß wir fast Alles unbewußt vom Römischrechtlichen Standpunkte aus betrachten und der Natur der Sache oft specifisch Römische Begriffe unterlegen. Dadurch seien denn viele Institute des Deutschen Rechts im Laufe der Zeit corrumpirt und zerstört. (S. 4).

„Ein ungleich größeres praktisches Interesse erhält die obige Aufgabe (— den principiellen Unterschied des Deutschen und des Römischen Rechts aufzusuchen —) durch den Einfluß, den ihre Lösung auf die Beantwortung und auf die Lösung der so viel bestrittenen allgemeinen Fragen haben muß, welche Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft unseres Rechtslebens betreffen. — Ob die Reception des Römischen Rechts als ein Glück oder Unglück für uns zu betrachten, ob ferner das Römische Recht jetzt als unserm Leben assimilirt und nationalisirt anzusehen ist, ob endlich Römisches und Deutsches Recht noch ferner, so wie jetzt, neben einander bestehen können, oder ob ein solcher Dualismus auf die Länge unhaltbar ist, und ob, wenn dieß der Fall, eine organische Verwachsung beider zu einem einheitlichen Ganzen möglich ist, oder ob der Kampf zwischen beiden schließlich mit der gänzlichen Verdrängung des einen oder anderen endigen muß?" — (S. 5).

Wenn die Romanisten sagen, daß die geistigen Schöpfungen früherer Völker als eine Erbschaft anzusehen seien, durch deren Antritt spätere Nationen den Reichthum ihres geistigen Lebens vermehren können und daß deren Aneignung oft genug in der Geschichte den Anstoß zu einer reicheren Entwickelung des nationalen Lebens gegeben hat, so ist Schmidt artig genug, dieß bloß eine allgemeine, an sich unbestreitbare Wahrheit zu nennen. Ich kann darin nur eine geistreich aussehende Phrase finden, die uns in der Sache keinen Schritt weiter fördert. Denn die Geschichte lehrt auch (wie Schmidt fortfährt): „daß nicht jede Reception fremder Elemente eine reichere Entfaltung des nationalen Lebens zur Folge gehabt, sondern umgekehrt das Eindringen fremder Bildung das nationale Leben eines Volkes verkümmert und seine Lebenskraft gebrochen hat. — Es bleibt immer noch die Möglichkeit, daß der Einfluß, den das Römische Recht auf unser Leben übt, ein zerstörender ist!!" (S. 7).

„Die Reception des Römischen Rechts ist freilich kein Product der Willkühr, sondern das Resultat eines geschichtlichen Entwickelungsprocesses. Allein damit ist die Natur dieses Entwickelungsprocesses noch nicht dargelegt, da es im Leben der Völker auch krankhafte Entwickelungsprocesse gibt. Wir dürfen uns deshalb mit solchen allgemeinen Wahrheiten nicht beruhigen, so lange nicht zugleich nachgewiesen werden kann, daß der Entwickelungsproceß, der uns das Römische Recht gebracht hat, ein gesunder war, und daß der dadurch herbeigeführte Zustand unseres Rechtslebens **als ein heilsamer** betrachtet werden darf!"

„Von den Romanisten wird allgemein und mit der größten Zuversicht behauptet, daß das Römische Recht, mit Ausnahme einiger weniger specifisch Römischer Bestimmungen in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen und unserem Leben assimilirt sei.

Freilich mag das für unseren Juristenstand zutreffen, der den Inhalt seines Wissens, nach seinem ganzen juristischen Bildungsgange **nicht aus dem Rechtsleben der Gegenwart, sondern aus dem Corpus juris entnimmt.** (!!)

Die Möglichkeit eines Unterschiedes zwischen Volksrecht und Juristenrecht wird freilich von unseren Romanisten von Vorne herein ganz entschieden geleugnet, weil der Juristenstand eben nur der Repräsentant des Rechtsbewußtseins des Volkes sei. Das ist indessen wieder nur eine allgemeine Wahrheit normalen Verhältnissen gegenüber. Das im Volke lebende Recht prägt sich im Bewußtsein des Juristenstandes am Klarsten aus,

wenn die Juristen das im Bewußtsein des Volks lebende Recht **zum Gegenstand ihrer Studien machen** und eben nur den aus dem Rechtsleben der Gegenwart entnommenen Stoff wissenschaftlich verarbeiten." (S. 10).*)

*) Das scheint mit der Beseler'schen Natur der Sache sehr nahe zusammenzufallen.

„Kann und darf das Römische Recht aber nur insoweit als wahrhaft assimilirt betrachtet werden, als dasselbe in das Rechtsbewußtsein nicht nur des Juristenstandes, sondern auch des Volkes übergegangen ist, so ist es zunächst eine leider völlig unbestreitbare Thatsache, daß Forschungen darüber, wie weit dieß geschehen, bisher eigentlich **noch so gut wie gar nicht** angestellt sind!" (S. 11).

„Es ist vor Allem die Frage zu erwägen, ob das Römische Recht bei seinem Eindringen in unser Leben eine specifische Veränderung in seinem Character erlitten, oder ob es umgekehrt nur den Character unserer nationalen Anschauungsweise verändert hat, ob mit anderen Worten das Römische Recht germanisirt worden ist, oder ob unser Leben und unsere Anschauungsweise durch dasselbe romanisirt worden sind?" (S. 12)

„ob hinsichtlich der Römischen und Germanischen Elemente, aus denen die Anschauungsweise der Gegenwart componirt ist, eine organische Verwachsung beider eingetreten ist, oder ob dieselben, zu einer organischen Verwachsung unfähig, nicht vielmehr nur neben einander existiren, und einen gegenseitigen Vernichtungskampf mit einander führen." (S. 16).

Das heißt in der That den gegenwärtigen Zustand, die Krankheit klar erkennen und klar darstellen.

Nur Schade, daß sich Schmidt in den von ihm angenommenen principiellen Gegensatz zwischen Römischem und Germanischem Rechte so verrannt hat, so **unisono** alle vergleichbaren Institute beider Rechte danach und **nur danach** auseinanderlegt, characterisirt und aufgefaßt haben will, daß man aus Widerwillen gegen diese ewig wiederkehrende Antithese nebst Verdammungsurtheil und resp. Canonisirung, auch das darin liegende Wahre leicht zu übersehen gereizt wird.

Schmidt ist fast bei jeder einzelnen größeren Gruppe von Rechtsverhältnissen (Ehe, Familienrecht, Ehre, Vormundschaft 2c.)

zu dem Bekenntnisse gezwungen, freilich hätten sich auch die Römer den sittlichen Anforderungen nicht entziehen können und deshalb fänden sich die und die Forderungen des Sittengesetzes bei ihnen zu Recht erhoben; aber das sei bei ihnen kein Ausfluß des Princips, daß das ganze Recht auf dem Sittengesetze als einer höheren Nothwendigkeit beruhe, sondern sie hätten freiwillig eine sittliche Anforderung zur Rechtssatzung erhoben.

Wegen dieses Umstandes trete ich dem Tadel Esmarch's und Kuntze's*) vollständig bei, wenn beide sagen:

„Nichts ist im Allgemeinen gefährlicher, als den Stoff einem vorangestellten Schema anzupassen und dabei, statt der Sache ihren Geist unbefangen abzugewinnen, Willkühr in den Stoff hineinzutragen, indem das richtige Momente enthaltende Princip durch fortgesetzte Abstraction dazu getrieben wird, daß es, unter dem Schilde wissenschaftlicher Methode, sich endlich selbst überstürzt, die Wahrheit in ihren Gegensatz umkehrt und an sich glückliche Wahrnehmungen zur Carricatur verzeichnet.“**)

Wie wahr dieß ist, und wohin die einseitige Uebertreibung des, den Germanischen Rechtsinstituten angeblich schlechthin eigenen sittlichen Grundgedankens führt, zeigt sich bei Schmidt immer mehr, je weiter er die Vergleichungen treibt; zuletzt führt ihn die Antithese zu einer förmlichen Apotheose des alten Zunft- und Gildewesens in seiner echt mittelalterlichen Gestalt, so daß ihm die nothwendige Abstellung der schreiendsten Handwerksmißbräuche

die Ausgeburt „einer unverständigen Legislation und Doctrin ist.“***)

---

*) a. a. O. § 13, S. 211 f.

**) Esmarch mit noch freierem Blicke tadelt aber insbesondere auch die Gegenüberstellung der sittlichen Grundtendenz der Germanisch- (hellenischen) Rechtsauffassung.

***) S. 300. — Indem ich mit diesem Tadel von dem Schmidt'schen Werke scheide, kann ich nicht umhin, nochmals den tiefen Ernst des Studiums und die

Nicht weniger, als Schmidt, erkennt Esmarch das völlig Unhaltbare unseres gegenwärtigen Rechtszustandes an. Er ist gleich weit entfernt von einer Principien-Reiterei, die das Gute verkennt, bloß weil es sich nicht selbst aus einem angenommenen Principe herleitet, als von der, Gedanken-Armuth oder wenigstens Gedanken-Faulheit verrathenden, blinden Nachbeterei der Propagandisten des Römischen Rechts. Er bricht unbarmherzig den Stab über letzteres, indem er demselben nicht nur

„die Fähigkeit abspricht, auf den Character eines absoluten Vernunftrechts Anspruch machen zu können;" sondern dasselbe geradezu

„für unfähig erklärt, aus sich selbst heraus neue Keime zu treiben."

„Wer nur nicht mit den Augen eines Enthusiasten, sondern unbefangen im Gebiete des Römischen Rechts sich umschaue, der werde sehr bald die Entdeckung machen, daß das Römische System höchstens ein in sich vollendetes, keineswegs ein selbst nur den einfachsten Forderungen des praktischen Verstandes, der unbestrittenen Rechtsüberzeugung der heutigen Welt entsprechendes genannt werden könne." *)

Von Deutscher Rechtsbildung und Wissenschaft hat Esmarch einen unendlich hohen Begriff, indem er — eine natürliche entgegengesetzte Ausschreitung gegen die bisherige Vergötterung des im Entwickelungsgange erstarrten Römischen Rechts — sagt:

„Auf des Deutschen Schultern ruhen die Grundlagen eines künftigen Weltrechts." (S. 1049).

Er spricht von einem Deutschen Gesetzbuche und sagt auch bei dieser Gelegenheit wieder: „es wäre einem Deutschen Gesetzbuche besser, es wäre nie geboren, wenn es nicht den Stempel des künftigen Weltrechts an der Stirn trägt."

---

innige Anschauung hervorzuheben, welche sich gerade in der Darstellung der Zunft-Verhältnisse wiederum zu erkennen gibt.

*) a. a. O. S. 1043.

Trotz dieses Enthusiasmus für den Germanischen Genius und trotz der klaren Einsicht in das Unheilvolle unserer sklavischen Beugung und Knechtung unter das Römische Recht ist Esmarch dennoch unbefangenen Blickes genug, um nicht das Römischrechtliche, bloß weil es fremden Ursprungs ist, mit Stumpf und Stiel wieder ausrotten zu wollen. Was Wurzel geschlagen hat, was heutiges Recht ist, das soll bleiben. „Was wahrhaft unser ist," sagt Esmarch, „wenn es auch fremden Ursprungs ist, das ist ewig." (S. 1053.)

Danach scheint dieser Schriftsteller in wesentlichen Stücken mit den in dieser Brochüre niedergelegten Ansichten übereinzustimmen.*) Ob er eine bestimmte Methode für die Eruirung und Construction des Deutschen Rechts, d. h. des Gesammtrechts der Gegenwart aufstellt, weiß ich nicht.

Wenn er aber von einem „Weltrecht" als etwas künftig Möglichem, ja von den Deutschen zu Gründendem spricht (siehe oben), während er doch dem Römischen Rechte die Eigenschaft eines absoluten Vernunftrechts mit dem Beisatze abspricht, „vorausgesetzt, daß ein solches überhaupt denkbar wäre;" so scheint das nicht nur so ohne nähere Aufklärung ein Widerspruch mit sich selbst zu sein, sondern es liegt darin allerdings eine grundverschiedene Anschauungsweise von meiner vorstehenden Ausführung, daß für jedes Völker-Individuum**) ein individuelles Recht existirt und nothwendig ist, und daß eben dieß individuelle Recht immer das (beziehungsweise) rechte Recht sei.

Wiederum im schärfsten Gegensatze zu dieser Esmarch'schen Impotenz-Erklärung des Römischen Rechts erklärt Kuntze in der

---

*) Ich erinnere daran, daß ich dessen Arbeit nicht selbst gelesen habe, sondern nur aus Referaten Anderer kenne.

**) Natürlich wenn und wieweit es sich auf normalem Wege (nach Nationalität und Sitte) gebildet, also namentlich eine Nation sich nicht willkührlich zerrissen hat.

critischen Ueberschau: „ihm sei, soweit er bis jetzt die Anschauung und Bedürfnisse gerade des modernen Verkehrslebens erforscht habe, das Römische Recht überall als zureichend erschienen.“ (!!)*)

Kuntze steht jetzt, nach 40 Jahren, noch auf dem Standpunkte Savigny's, als dieser im Jahre 1814 das Buch vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung schrieb, — ein Standpunkt, der damals, bei der Geburt der historischen Schule, seine Berechtigung haben mochte. Kuntze meint, unsere Juristen, natürlich alle Professoren des Römischen Rechts eingeschlossen, müßten nur erst mal das Römische Recht richtig verstehen lernen: dann würde man schon einsehen, daß nicht nur die sämmtlichen heutigen Rechtsverhältnisse, welche schon den Römern bekannt waren, rein nach dem Römischen Rechte zu beurtheilen seien, sondern daß auch für die selbstständigen Schöpfungen der Neuzeit, wobei doch sonst die eingefleischtesten Romanisten mit ihrem absoluten Römischen Weltrechte die Achseln zu zucken pflegen, eben nur in dem unübertrefflichen Mechanismus des Römischen Rechts der Hebel zu finden sei, der die Zweifelnden und Verzweifelnden über diese Verlegenheit wegzuheben im Stande sei.

„Das civilistische**) Wesen des Ordre- und Inhaber-Papieres, der Verkehr mit Forderungen und Schulden sei nur mit den scharfen Werkzeugen des Römischen Rechts vollkommen zu beherrschen und zu verarbeiten. Mit den richtigen Lehren von Novation, Cession und Correalität sei weiter zu kom-

*) a. a. O. § 18 bis zu Ende.

) Ich gebe gern zu, daß ein Jurist, dessen Gesichtskreis nicht über das Römische Recht hinausreicht, jeglichem Rechtsgebilde der Gegenwart sehr leicht ein civilistisches Wesen unterzulegen sich unterfängt, d. h. dann ein der natürlichen Wesenheit nicht einmal entfernt ähnelndes Begriffs-Phantom, wie die Deutschen Reallasten ihrem civilistischen Wesen nach servitutes, das civilistische Wesen der Erbverträge aber die **Nichtigkeit derselben sein sollte.

men, als mit den bannalen Redensarten von „„Emancipation der Rechtsbegriffe."" Letztere sei nur das, die innere Morschheit und Lebenskraftlosigkeit bergende Gewand, in das sich die drohende Destruction des Systems kleide. Die Zucht in der Schule der Römischen Rechtsbegriffe sei eine nicht aufzugebende Errungenschaft," u. s. w. u. s. w. „Den Romanisten fehle noch die wahre Erkenntniß und scharfe Formulirung der Römischen Rechtsbegriffe, u. s. w. Wenn das ist, so fürchte ich, ist Hr. Kuntze aber im Begriffe, „in das Heiligthum der Zucht in der Schule der Römischen Rechtsbegriffe" selbst die Unzucht zu tragen; denn ohne Zweifel wird derselbe doch die richtigen Lehren von der Römischen Novation, Cession, Correalität, womit die Neugestaltungen des Rechtslebens so sicher zu beherrschen sind, der leidenden Menschheit nicht gar zu lange vorenthalten. Das aber kann man von Borne herein diesen zu erwartenden Arbeiten prophezeihen, daß sie, entweder wenn sie unserem Rechtsleben wahrhaft förderlich sein sollen, dem Römischen Rechte und seinen begrifflichen Normen so unähnlich wie Tag und Nacht sein werden; oder aber daß sie, wenn sie uns wirkliches Römisches Recht, das civilistische Wesen Römischrechtlicher Institute bringen werden, dem bisher gelehrten Römischen Rechte so ziemlich wie ein Ei dem andern, dem Rechtsleben der Gegenwart aber gar nicht ähneln werden.

Daß die letztere Alternative eintreten wird, läßt sich mit ziemlicher Gewißheit aus dem Kuntze'schen Axiom ahnen:

„ein höherer juristischer Standpunkt über dem Römischen Recht sei nicht mehr möglich!"*)

---

*) Die in der Kürze beigebrachten Beispiele, wonach Wechsel und au porteur-Papiere ihre begriffliche Erklärung schon in der Römischen stipulatio und dem Formal-Vertrage, die Inhaber-Papiere schon ein Analogon bei letztwilligen Verfügungen finden sollen, ohne daß eine Aenderung des juristischen Wesens des Vertrages vorliege, stellen in der That der Kuntze'schen „wahren Erkenntniß" und „scharfen Formulirung der Römischen Rechtsbegriffe" ein ungünstiges Prognostikon.

Wahrlich, der hat unserer Zeit, der hülfsbedürftigen Gegenwart, noch nicht an den Puls gefühlt, der noch glauben kann, wir hätten nur noch nicht genug Römisches Recht gelernt, um dem trostlosen Zustande der Rechtsungewißheit und der Beugung des Volksrechts unter ein, dem Volksbewußtsein völlig fremdes Juristenrecht abzuhelfen!

Den Bedürfnissen der Gegenwart und sogar der Beseler'schen Natur der Sache steht, ohne es scheinbar selbst zu ahnen, der 6te der oben genannten Schriftsteller, Leist, wieder viel näher.

Derselbe persiflirt zunächst, und mit Recht, die einseitige und gedankenlose Furcht unserer bisherigen juristischen Methode, die ganz gewöhnliche und nothwendige Denkregeln nicht anders als feststehend vorzutragen und anzuwenden wagte, als wenn sich auch wirklich ein ausdrücklicher Ausspruch eines alten Juristen aus dem **Corpus juris** dafür anführen ließ.

Leist verlangt eine „selbstständige Analyse der bei uns bestehenden Rechtsinstitute." Der Jurist soll unmittelbar den Quellen des Rechts nachgehen; die Romanisten aber verarbeiten nicht die Rechtsquellen (Gesetz- und Gewohnheitsrecht), sondern eine die Rechtsquellen verarbeitende Rechtswissenschaft (das Corpus juris). Savigny z. B. habe die Lehre vom Besitz, Hasse die von der culpa aus dem Spiegel des Römischen Rechts heraus vortrefflich entwickelt. Die Römischen Juristen aber hätten diese Lehren vom Körper des Besitzes (der culpa) selbst abstrahirt. Es gäbe nun aber noch ganz andere Seiten jenes Körpers, die in dem Spiegel des Römischen Rechts gar nicht oder nur schief zu erblicken seien und worüber im Römischen Rechte keine Aufklärung zu finden sei. Wir müßten nun wieder, wie die Römischen Juristen, selbstständig den Körper anschauen, und die natürlichen Resultate, die sich aus einer solchen prüfenden Anschauung der Rechtsverhältnisse selbst und folgerichtigen Entwickelung der allgemeineren Rechtsbegriffe ergeben, seien vollkommen gültige Rechts-

normen und wir hätten diese folgerichtig entwickelten Rechtssätze, auch wenn ein Römischer Jurist im Corpus juris zu demselben Resultate gelange, darum nicht als Römisches Recht, sondern als natürliches Recht zu betrachten. (S. 5—8; bes. S. 34 ff.) *)

Um sich nun einen fruchtbaren Boden zu gewinnen für diese rechtsfindende Thätigkeit, insbesondere wo sie uns zu anderen Resultaten, als den im Corpus juris niedergelegten führt, stellt Leist die Sätze auf:

1) „das Römische Recht ist als ein im Einzelnen nachweisbarer und nachzuweisender Complex von Rechtsinstituten zu uns herübergekommen."

2) Nicht jeder von den Römischen Juristen ausgesprochene „Natursatz" ist als Rechtsregel zu betrachten; sondern wenn wir jetzt die Natur richtiger erkennen, so müssen wir den richtigen Natursatz anwenden, (falls nicht der Gesetzgeber bewußt den unrichtigen als zu befolgendes Recht hingestellt hat). S. 33. ff.

ad 1. Die Institute des Deutschen und Römischen Rechts stehen nebeneinander; ebendeßhalb aber spricht für einen Satz des Römischen Rechts nicht die Präsumtion, sondern der Gesammtcomplex des gemeinen Rechts ist von der Rechtswissenschaft aus den beiden gleichberechtigten Factoren unseres Rechtszustandes zusammenzuarbeiten. (S. 16. 17).

Ja der zwingende Nothschrei der Zeit klingt so gellend in Jedermanns Ohr, der nur nicht taub und blind ist gegen solche allgemeine Fragen, die über die Cultivirung der, zum Erwerb des täglichen Lebensunterhaltes nothwendigsten Juristerei und Beobachtung hinausgehen, daß Leist, ein Romanist, sich nicht damit begnügt, wie der Salzdahlumer Landtags-Abschied, den Beweis

---

*) Das Recht ruht entweder lediglich auf dem Willen der rechtsetzenden Gewalt, oder es enthält einen in das Rechtsgebiet aufgenommenen Natursatz. S. 76.

„der Sachsen=Rechte" zuzulassen, oder bei seinem eben gethanen Ausspruche des Nebeneinanderstehens beider Rechte stehen zu bleiben; sondern er fordert jetzt das entgegengesetzte Extrem:

„Die Romanisten müssen nachweisen, daß der einzelne Baum" — Leist spricht im Bilde von den einzelnen Römischen Rechtsinstituten — wirklich verpflanzt worden ist und Wurzel geschlagen hat."

„Während die Erforschung des recipirten Römischen Rechts dem Studium der Botanik aus einem Herbarium heraus glich, ist das Recht selbst lustig fortgewachsen und wir brauchen nur hinauszutreten in die freie Natur, so werden wir es wachsen und blühen und neue Früchte tragen sehen.

Nicht aus dem Corpus juris heraus beweisen wir unser heutiges*) Römisches Recht, sondern inwieweit es Römisches Recht sei, ergibt sich aus dem Corpus juris, inwieweit es heutiges Recht sei, haben wir aus unserem Gewohnheitsrechte zu entnehmen." (S. 17. 18).

Das sind allerdings goldene Sätze, die man nur unterschreiben kann.**)

---

*) Dieser Ausdruck ist offenbar eine contradictio in adjecto auf Leist's Standpunkte.

**) Dieser ganze Abschnitt des Buches (No. II. die Grundsätze über Geltung des Römischen Rechts) ist höchst lesenswerth. Nur den weiteren als Axiom hingestellten Satz kann ich nicht billigen — vergl. oben S. 72 — „ein Justinian'sches Institut gilt, wenn es einmal recipirt ist, wie z. B. der Römische Kauf, die Societät u. s. w., wie seine Principien bis in die einzelnen Spitzen hinein, in allen möglichen Stellen des Corpus juris sich finden (S. 18). — Gerade dadurch werden dem Leben so ungeheure Wunden geschlagen, daß man, statt ins Leben, ins Corpus juris schaut. Fast keine Lehre des Römischen Rechts, am Wenigsten die von Leist selbst angeführten, hat dem umbildenden Einflusse Deutscher Sitten und neuer Verkehrs=Verhältnisse widerstehen können. Ich erinnere nur an den Einfluß des Todes beim Societäts=Contract und Mandate, an kaufmännische symbolische Traditionen beim Kaufgeschäfte ꝛc.,

Aber es ist ein großer Irrthum Leist's, wenn er glaubt, sein angegebenes Mittel gegen unseren krankhaften Rechtszustand, nämlich

„innere dogmatische Erfassung unseres Rechts"

sei etwas Neues, welches unsere Civilisten nur dunkel gealnt und mit den Worten „Argumentation aus der Natur der Sache heraus" bezeichnet hätten, wobei aber unter „Natur der Sache" etwas so Verschiedenartiges, Schwankendes gedacht sei, daß die Aufstellung dieser Rechtsquelle als das gefährlichste Werkzeug der Jurisprudenz zu betrachten sei.*) Auf den von Leist angeführten Mühlenbruch und die Meisten, die in ihren Compendien des heutigen Römischen Rechts eine „Natur der Sache" aufstellen, mag das passen.**) Aber wie Beseler die Natur der Sache als Methode für die Entwickelung des heutigen praktischen Rechts definirt, ist sie gewiß weder unklar, noch dürfte sich überhaupt irgend etwas Anderes denken lassen, um das unseren Rechtszuständen und Rechtsverhältnissen der Gegenwart entsprechende Recht in der Theorie, wie bei den Rechtssprüchen, „zu finden."

Auch benennt Leist sein Kind in der That mit demselben Namen, als Studium „der Natur" und fordert dafür natürlich, was sich allein fordern läßt und was von Beseler gefordert ist:

„wir sollen selbstständig erst das Leben uns veranschaulichen, um darnach die Rechtssätze zu erkennen." ***)

---

sowie an die oben von mir angeführten Beispiele, Singular-Succession in Obligationen, freie Stellvertretung u. s. w.

*) a. a. O. S. 25. 26.

**) Vergl. oben S. 70.

***) a. a. O. S. 29. — „Das Recht betrifft Lebenssätze, die schon in sich selst Regeln tragen, nach denen sie bestehen. Diese Regeln sind die Natursätze" (S. 66), „dasselbe, was die Römer unter naturalis ratio verstanden" (S. 80) „und diese ist etwas Objectives, das außerhalb, und ebendeshalb materiell über und formell unter dem menschlichen Willen steht" (S. 97).

Aber die Beseler'sche Lehre von der „Natur der Sache" ist nicht allein weit klarer, als die Leist'schen „Natursätze," sondern jene ist auch allein geeignet, uns zu sicheren und brauchbaren Resultaten zu führen, während der oben

sub 2 aufgestellte Satz weder das eine, noch das andere gestattet. Denn da Leist die Geltung des „Natursatzes," abweichend von der Ansicht der Römischen Juristen über denselben nur dann gestattet, wenn die letzteren ihn als solchen, oder richtiger als ihre bloße Ansicht von demselben hinstellen, und wenn sie ihn nicht, abgesehen davon, ob er wirklich Natursatz sei oder nicht, als schlechthinnige Rechtsregel befolgt wissen wollen, so wird einestheils immer darüber gestritten werden können, ob ein gewisser Ausspruch unserer Quellen als bloßer Natursatz, oder als bindende Rechtsregel hat aufgestellt werden sollen; andererseits müßten wir im letzteren Falle uns dem fremden Rechte schlechterdings beugen, auch wenn es für die Gegenwart durchaus unanwendbar geworden wäre, insbesondere bei der Leist'schen Ansicht von der Geltung eines Römischen Rechtsinstituts „bis in die äußersten Spitzen hinein, wie sie in irgend welchen Stellen des Corpus juris ausgesponnen sind."*)

Eine wahre praktische Ausbeute gibt die Leist'sche Theorie überhaupt nicht, weil er sie eben nur auf Römisches Recht angewandt wissen will.

Die Hauptfrage, das heutige, den Rechtsverhältnissen und dem Volksbewußtsein entsprechende Recht zu finden, berührt er, aber entscheidet sie nicht. (S. 131 ff.) Er sagt:

„Neben das rein Römische Rechtsgebiet stellen sich von selbst noch zwei andere Kreise unseres dogmatischen Schaffens. 1) Die Römischen Rechtsinstitute haben sich bei ihrer Aufnahme in Deutschland vielfach historisch fortgebildet und neue Elemente in sich

*) Vergl. auch Leist, a. a. O. S. 88. 89.

aufgenommen. Diese, welche als wahre selbstständige Ergebnisse der neueren Rechtsgeschichte (sic!) dastehen, bilden den neuen Stoff, dessen dogmatische Verarbeitung mit dem Ganzen des Römischen Rechts uns obliegt.

2) Wenn im Deutschen Rechtsleben ganz untermischt Deutsche und Römische Rechtsinstitute nebeneinander stehen, und in der mannigfachsten Weise ineinander greifen, so ist es nöthig, dieß Verhältniß der Institute genau zu ermitteln, d. h. nicht nur die Grenze zu bestimmen, wo das eine aufhört und das andere anfängt, sondern auch die Verbindungen zu ermitteln, welche ein Satz des einen mit einem Satze des andern häufig eingeht, woraus wieder neue Rechtssätze als Folgesätze entstehen.“*)

Statt nun diese allein praktische Richtung zu verfolgen, gibt uns Leist neben der sehr wahren Bemerkung, daß dieß Gebiet der „Römisch-Deutschen Rechtscombination“ (besser: Recht der Gegenwart) noch fast ganz unangebaut sei, die trostlose Versicherung „daß er dieß Gebiet von dem Kreise dieser seiner civilistischen Studien ganz ausscheide“

und versetzt uns damit auf einen unfruchtbaren Felsen mitten im Meere, der mit der übrigen Welt auch gar keine Berührung hat.**)

Es bleibt mir nur noch übrig, das letzte, erst während des Druckes dieser Brochüre erschienene Werk über unsere Frage, das von Röder zu berücksichtigen.

Dasselbe stimmt vollständig mit den hierüber entwickelten, insbesondere auch von Esmarch und Schmidt anerkannten Ge-

---

*) Das ist's eben, weshalb ich so eben gegen die Geltung eines recipirten Römischen Rechtsinstituts „bis in seine äußersten Spitzen“ protestirt habe.

) Formell trifft die Leist'sche Schrift der Tadel, daß sie fast nie der Sache auf den Leib geht, sondern beständig in Bildern und Gleichnissen spricht: **Omne simile claudicat.

brechen unseres Rechtszustandes, dessen Ursachen und Auswüchsen,*) wie auch damit überein, daß das Römische Recht weder ein prädestinirtes Weltrecht, noch überhaupt zur Abhülfe unserer Gebrechen unmittelbar brauchbar sei:**) kurz der Rechtszustand spiegelt sich in Röder getreu und er hat einen unbefangenen Blick für die Krankheit; ja auch das Heilmittel drängt sich ihm überwältigend auf

Abschaffung der Geltung des **Corpus juris** als unmittelbarer Rechtsquelle***) und Ausbau des nationalen Rechts,

welches er für eben so bildungsfähig, ja noch weit reicher und fruchtbarer hält, als das Römische Recht, womit die Römer zu operiren anfingen. Dabei ist Röder aber frei von der nationalen Engherzigkeit Schmidt's, der alles und jedes Römische verbannt wissen will; er hält umgekehrt das wahrhaft Anpassende des Römischen Rechts fest†) und eignet sich einen Ausspruch Gaupp's an: „Nicht das Einheimische als solches und seine Geltung statt des Fremden, sondern nur das Vernünftige kann der Zweck sein; nie aber darf man Zweck und Mittel verwechseln."

In voller Erkenntniß eines eingebürgerten, assimilirten, verwachsenen und verschlungenen **heutigen** Rechts, sagt Röder treffend von den vorübergehenden historischen Erscheinungen der s. g. Romanisten und Germanisten:

„Nach unserer vollsten Ueberzeugung werden die bloßen s. g. Romanisten und Germanisten allezeit vergeblich versuchen, sich — **sit venia verbo** — wie weiland Münchhausen, am eigenen Zopfe aus dem Sumpfe zu ziehen, in dem sie zu versinken Gefahr

---

*) Insbesondere die Beherrschung des ganzen juristischen Denkens durch die jetzige Römischrechtliche juristische Fachbildung (§ 5).

**) § 2, 3, 20 S. 104.

***) § 5 S. 24.

†) § 4 § 2 S. 9. § 19 S. 91.

laufen,“*) und erwartet, frei von der lächerlichen Gespensterfurcht vor Codification,**) Heil von einer vernünftigen Deutschen Gesetzgebung, da das Corpus juris doch nun mal beseitigt werden muß und an seine Stelle eben so nothwendig etwas Anderes zu setzen ist.

Nur in zwei Punkten kann ich die Röder'schen Resultate nicht billigen. Einmal, wenn er meint, das Römische Recht sei nur, soweit es uns zusagt, aufgenommen.***)

Daß die gröbsten, theilweise schon vom neueren Römischen Rechte aufgehobenen Mißstände desselben nicht bei uns eingeführt sind, ist kein Beweis dafür.

Wenn aber Röder meint, die durchgehende Gütertrennung der Ehegatten, die heimliche Entstehung von Grundeigenthum und Pfandrechten ꝛc. bestehe nirgend mehr,†) so kennt er die Zustände in den Ländern des — hier bekreuzige sich jeder dreimal! — gemeinen Rechts sehr wenig! — Daß aber etwas Anderes (z. B. Gütergemeinschaft) verabredet, eine vernünftige Erbfolge durch Testament ꝛc. herbeigeführt werden **könne**, ist doch eine gar zu feine (fast rabulistische) Vertheidigung einer unrichtigen Behauptung.

Doch dieß gilt nur dem Mehr oder Weniger.

Weit tiefer greift das zweite als irrig zu bezeichnende Resultat Röder's: „das für die Rechts-Erkenntniß und Rechtsbildung aufgestellte Princip, die aufgesteckte Leuchte.“ Dieß soll die Rechtsphilosophie sein††) und deren Spruch lautet:

---

*) S. 136.

**) S. 9. 90.

***) §. 19 S. 91. 92.

†) S. 93. S. 97. — In letzterer Beziehung ist allerdings in den letzten Jahrzehnten meist durch Gesetzgebung nachgeholfen, in Folge der Erkenntniß der vollkommenen Heillosigkeit des aufgenommenen Römischen Rechts.

††) S. 137 und § 2.

brechen unseres Rechtszustandes, dessen Ursachen und Auswüchsen,*) wie auch damit überein, daß das Römische Recht weder ein prädestinirtes Weltrecht, noch überhaupt zur Abhülfe unserer Gebrechen unmittelbar brauchbar sei:**) kurz der Rechtszustand spiegelt sich in Röder getreu und er hat einen unbefangenen Blick für die Krankheit; ja auch das Heilmittel drängt sich ihm überwältigend auf

Abschaffung der Geltung des Corpus juris als unmittelbarer Rechtsquelle***) und Ausbau des nationalen Rechts,

welches er für eben so bildungsfähig, ja noch weit reicher und fruchtbarer hält, als das Römische Recht, womit die Römer zu operiren anfingen. Dabei ist Röder aber frei von der nationalen Engherzigkeit Schmidt's, der alles und jedes Römische verbannt wissen will; er hält umgekehrt das wahrhaft Anpassende des Römischen Rechts fest†) und eignet sich einen Ausspruch Gaupp's an: „Nicht das Einheimische als solches und seine Geltung statt des Fremden, sondern nur das Vernünftige kann der Zweck sein; nie aber darf man Zweck und Mittel verwechseln."

In voller Erkenntniß eines eingebürgerten, assimilirten, verwachsenen und verschlungenen **heutigen** Rechts, sagt Röder treffend von den vorübergehenden historischen Erscheinungen der s. g. Romanisten und Germanisten:

„Nach unserer vollsten Ueberzeugung werden die bloßen s. g. Romanisten und Germanisten allezeit vergeblich versuchen, sich — **sit venia verbo** — wie weiland Münchhausen, am eigenen Zopfe aus dem Sumpfe zu ziehen, in dem sie zu versinken Gefahr

---

*) Insbesondere die Beherrschung des ganzen juristischen Denkens durch die jetzige Römischrechtliche juristische Fachbildung (§ 5).

**) § 2, 3, 20 S. 104.

***) § 5 S. 24.

†) § 4 § 2 S. 9. § 19 S. 91.

laufen,“*) und erwartet, frei von der lächerlichen Gespensterfurcht vor Codification,**) Heil von einer vernünftigen Deutschen Gesetzgebung, da das Corpus juris doch nun mal beseitigt werden muß und an seine Stelle eben so nothwendig etwas Anderes zu setzen ist.

Nur in zwei Punkten kann ich die Röder'schen Resultate nicht billigen. Einmal, wenn er meint, das Römische Recht sei nur, soweit es uns zusagt, aufgenommen.***)

Daß die gröbsten, theilweise schon vom neueren Römischen Rechte aufgehobenen Mißstände desselben nicht bei uns eingeführt sind, ist kein Beweis dafür.

Wenn aber Röder meint, die durchgehende Gütertrennung der Ehegatten, die heimliche Entstehung von Grundeigenthum und Pfandrechten ꝛc. bestehe nirgend mehr,†) so kennt er die Zustände in den Ländern des — hier bekreuzige sich jeder dreimal! — gemeinen Rechts sehr wenig! — Daß aber etwas Anderes (z. B. Gütergemeinschaft) verabredet, eine vernünftige Erbfolge durch Testament ꝛc. herbeigeführt werden **könne**, ist doch eine gar zu feine (fast rabulistische) Vertheidigung einer unrichtigen Behauptung.

Doch dieß gilt nur dem Mehr oder Weniger.

Weit tiefer greift das zweite als irrig zu bezeichnende Resultat Röder's: „das für die Rechts-Erkenntniß und Rechtsbildung aufgestellte Princip, die aufgesteckte Leuchte.“ Dieß soll die Rechtsphilosophie sein††) und deren Spruch lautet:

---

*) S. 136.

**) S. 9. 90.

***) § 19 S. 91. 92.

†) S. 93. S. 97. — In letzterer Beziehung ist allerdings in den letzten Jahrzehnten meist durch Gesetzgebung nachgeholfen, in Folge der Erkenntniß der vollkommenen Heillosigkeit des aufgenommenen Römischen Rechts.

††) S. 137 und § 2.

„Ob der Inhalt eines Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes der rechte ist, läßt sich nur nach einer höheren Richtschnur, nämlich nach dem „Geist des Rechts" oder „Rechtsgedankens" bemessen, der wahrhaft ewig und unbedingt ist.*) Er sei der Urquell und wahre geistige Bestimmgrund aller wirklich geltenden Rechte.

In diesem obersten Rechtsbegriff und Grundsatz liege demnach ebenso der unerläßlich höchste, wenn auch nicht der einzige Maaßstab aller bestehenden Rechte, wie der Ausgangs- und Einheitspunkt jeder Wissenschaft des Rechts, mit der man diese selbst aufgebe.

Dieß geschehe und es sei unbegreifliche Verblendung, wenn man des Rechtes höchste Quelle in die Rechtsüberzeugung des Volkes verlege."**)

Röder ist hier auf einen Abweg der Philosophie gerathen; er will sie zu Etwas mißbrauchen, was ihr fremd ist; er spricht lauter halbe Wahrheiten aus.

Derselbe weist entschieden die Schmidt'sche Ansicht zurück, daß das Recht lediglich die Bethätigung des Sittengesetzes sei, oder sein solle und kommt zu den unzweifelhaft richtigen Resultaten:

1) Das Recht und die Rechtsordnung ist und bleibt etwas von dem Sittlichen wesentlich Verschiedenes. (S. 75.)

2) Gleichwohl findet eine große innere Beziehung zwischen beiden Statt, so daß ein wirklicher Widerspruch des Rechts und der Sittlichkeit in der Art gar nicht denkbar ist, daß das wahrhaft Unsittliche für wahres Recht gelten könnte. (S. 72.)

3) Dieß manifestirt sich auch insbesondere im Römischen Rechte, so daß Schmidt's Vorwurf, dasselbe habe sich vollkommen von der Sittlichkeit losgerissen, ganz unbegründet ist. (S. 72. 73.)

---

*) § 2. S. 5. 10 ff.

**) S. 14.

4) „Die gesammte Gestaltung jedes bestehenden Rechtszustandes" (eines bestimmten Volkes) „beruht auf der Voraussetzung ganz bestimmter geschichtlich gegebener Lebens- und Bildungs-Verhältnisse und wird durch diese mit innerer Nothwendigkeit jedenfalls mitbestimmt." (S. 7. 11. 13. 15. 74.)

Daran knüpft Röder sogleich den logisch nothwendigen Folgesatz,

„daß jedes bestehende Rechtsganze etwas wesentlich von örtlichen und zeitlichen Verhältnissen Abhängiges und insofern Relatives ist."*)

Und dieß, als etwas Gegebenes, ist also der Ausgangspunkt, von welchem wir zu allgemeineren Begriffen, also zur philosophischen Betrachtungsweise aufzusteigen haben, nicht können wir umgekehrt die Rechtsphilosophie zum Ausgangspunkte nehmen und von ihr, aus der Vogelperspective, die Verhältnisse beleuchten und erleuchten.

Das Geständniß, das Recht sei etwas Relatives, sagt genau dasselbe, wie mein früherer Ausdruck, das Recht sei ein Zweites, welches sein Erstes, ein Volk mit einer gewissen Bildungsstufe, mit gewissen Ansichten und Einrichtungen voraussetze. Das nöthigt aber Röder wieder zu dem zweiten Bekenntnisse

im „obersten Rechtsbegriff" (der ewige Rechtsgedanke Röder's) liege nicht der alleinige Maaßstab der bestehenden Rechte.**)

Gewiß nicht! Ein Relativ hat sicher zum nächsten Maaßstab seinen Correlativ: das Recht also den Boden, worauf es wächst („ganz bestimmte geschichtlich gegebene Lebens- und Bildungs-Verhältnisse" — Röder). Warum sollte nun nicht dieser Maaßstab, sondern ein anderer der „höchste" sein? Mich dünkt, wenn es zwei Maaßstäbe für ein Ding wirklich, d. h. nothwendig

---

*) S. 10.

**) S. 14.

gibt, so kann gar keiner der „höhere" sein, d. h. ein solcher, dem der andere weichen müßte, sondern es müssen beide Maaßstäbe gleichmäßig angelegt werden, und ist also ein drittes Ganzes zu finden, worin beide jene Maaßstäbe aufgehen.

Die Rechtsphilosophie, wie sie Röder gebraucht,*) gibt uns ein solches nicht. Was nicht genau definirbar ist, das läßt sich auch nicht erfassen und zu einem bestimmten Maaßstabe gestalten. Ein „gewisses Etwas," ein „ewiger Gedanke," ein „über den Verhältnissen Schwebendes," ein „Geist" (des Rechts), ein „Gesammtethos" hat etwas zu Aehnliches mit einem „schwebenden Geiste," d. h. gespenstischen Phantome, als daß wir uns dergleichen weiß machen ließen und daran glauben sollten. Es ist ein trauriges Spiel mit der Philosophie, diesem Prometheus-Funken, dieser göttlichen Aufklärerin der Menschheit, wenn man vermittelst ihrer über alle Wesenheit weg und nur zu einem „schwebenden Gedanken," der sich überhaupt nicht weiter definiren lasse, aufsteigen wollte.

So wenig wir aber einen sichtbaren und benamten Götzen, etwa in der Gestalt des Vitzliputzli anbeten, so wenig sind wir jetzt noch geneigt, ein unsichtbares Etwas, das man nicht einmal bezeichnen kann, als höchstes Princip, als obersten Rechtsbegriff zu verehren; — ganz abgesehen davon, daß ja auch die Röder'sche Theorie dahin führt, von den zufälligen Einsichten einer gewissen Zeit, oder gewisser Menschen, d. h. wie sie sich gerade den Rechtsgedanken denken, das Urtheil über den Werth eines bestehenden Rechts und dessen (angebliche) Verbesserung danach abhängig zu machen.

Der Maaßstab für das Recht ist der Träger desselben: der ganze Mensch (als Volk) mit allen seinen Eigenschaften und

---

*) Denn allerdings führt uns gerade die Rechtsphilosophie auf die richtige Anschauungsweise. (S. unten.)

Verhältnissen. Da das Recht auf diesem Boden wächst, so muß es nothwendig dessen Bestandtheile annehmen; es ist nur normal, also **das richtige Recht,** wenn es den gegebenen Verhältnissen, denen es entspringt, vollständig entspricht. Da aber der Mensch ein sittliches Wesen ist, so kann sich das, in und mit seinen Lebensverhältnissen gesetzte Recht den Anforderungen der Sittlichkeit gar nicht entziehen, weil der Mensch eben ein Ganzes ist, welches nicht einen Theil von sich, die Sittlichkeit, beliebig mal von sich ablegen kann.*) Ist die Individualität des Volkes dem Boden zu vergleichen, der die Pflanze des Rechts bestimmend hervorbringt, so gleicht die Sittlichkeit des Menschengeschlechts der Luft und dem Sonnenlichte, welches allen Pflanzen gemeinsam zu Gute kommt.

Das Recht ist eine Seite, worin sich die Idee, die Bestimmung und Anlagen der Menschheit manifestirt und die Stufe, worauf diese eine Entwickelung steht, wird immer von der Höhe des jeweiligen Gesammtbildungsgrades eines bestimmten Volkes abhängen. Diese zeitweilige Gesammtcultur ist zugleich Erzeuger und Maaßstab eines bestimmten Rechts.

Man würde daher das Verhältniß des Rechts zu seinen letzten Gründen verkennen, wenn man einem stark verwilderten Volke mit stark ausgeprägter Nationalität ein vom s. g. Rechtsgedanken allein getragenes Recht (falls es zu finden wäre) aufdrängen wollte; sondern man muß die Bildungsstufe (und damit die Sittlichkeit) des Volkes zu heben suchen, um ihnen auch ein besseres Recht (das dann ganz von selbst kommt) zu schaffen.

Bis zu jener Thatsache und diesen gewiß nicht unfruchtbaren Wahrnehmungen und Folgerungen führt uns die Rechts-

---

*) Dieß trifft insbesondere auch bei dem Römischen Rechte zu und die Vorwürfe, die ihm Schmidt in dieser Beziehung macht, während im Germanischen sich das Sittengesetz manifestirt haben soll, sind höchst unbegründet. Eine Bestialität, wie das **jus primae noctis** des Germanischen Rechts findet sich im Römischen Rechte gar nicht.

philosophie. Aber das ist auch ihr letzter Satz, mit welchem man dann nur im Leben noch richtig operiren muß. Ein unmittelbar wirkendes Princip muß man nicht künstlich schaffen wollen: auf den **Inhalt** der Rechtssätze leidet die Rechtsphilosophie keine directe Anwendung.

Das Resultat dieses Rückblicks auf die neuesten Schriftsteller ist: es haben sich seit den letzten paar Jahren eine große Anzahl Schriftsteller fast gleichzeitig an die hier besprochene brennende Frage gemacht, ein Beweis, wie dieser Gegenstand an jeden herantritt, der Gelegenheit zu den nöthigen Beobachtungen hat und sich nicht vollkommen hartherzig und egoistisch auf den Isolirschemel einer abgedroschenen und doch dünkelhaften Wissenschaft, richtiger Büchergelehrsamkeit setzt; ein Beweis, daß hier Etwas sehr faul ist; ein Beweis aber auch, daß die bisher den Drohnen vergleichbare Juristen-Kaste aus dieser Faulheit aufschreckt und sich zu einem segensreichen Volkselemente entpuppen möchte.

Mit Ausnahme von Lenz und Kuntze (auch wohl Ihering), sprechen sich alle Schriftsteller, welchem speciellen Stande und Erfahrungskreise sie auch angehören, dahin aus, daß unser Rechtszustand unglaublich traurig, ja widersinnig und das Römische Recht vollkommen unfähig, weder zur unmittelbaren Anwendung, noch auch zur Weiterbildung aus sich selbst heraus sei. Eine selbstständige Reconstruction desselben wird stürmisch gefordert: der Eine will sie nach „Germanischen Grundgedanken," der Andere „nach Anschauung der Lebens-Verhältnisse selbst" vorgenommen wissen. Der zum Grunde liegende Gedanke ist immer: das Recht der Gegenwart zu erfassen, wozu die Beseler'sche „Natur der Sache" sich als die einzig mögliche Methode von selbst ergibt.

Ausgangspunkt, Tendenz und Anforderung der vorstehenden Abhandlung rekapitulire ich aber nochmals kurz in folgenden 5 Sätzen:

1) Unser Rechtszustand ist ein ganz trostloser und verderblicher, weil der Widerstreit zwischen Recht, Leben und Wissenschaft nicht crasser gedacht werden kann.*)

2) Der Hauptgrund davon ist die Geltung und jetzige Handhabung des Römischen Rechts als gemeines Recht.

3) Das Corpus juris muß als unmittelbare Rechtsquelle aufgehoben werden.

4) Unser „Recht der Gegenwart" muß nach der von Beseler aufgestellten Methode der Construction des Rechts aus der „Natur der Sache" codificirt werden.**)

5) Der Rechtfindung für den einzelnen Fall muß ein volksthümliches Element (Schöffen) hinzutreten; gewisse Fragen (Handel und Gewerbe, Ackerbau und landwirthschaftliche Verhältnisse, Entschädigungsforderungen) müssen durch eine Civil-Jury entschieden werden.

Das Nachplappern des Schiboleths: „Unsere Zeit ist zur

---

*) Dieß ist auch der Hauptgrund der Hinneigung unserer Zeit zu s. g. Friedens-Vereinen mit Schiedsgerichten. Sie sind, weil mit unserem s. g. geltenden Rechte kein rechtliches Durchkommen mehr ist, vollkommen berechtigt und realisiren dasjenige, (Volksschöffen, Civil-Jury) auf dem Wege der Association für Einzelne, was der Staat für Alle zu schaffen sich nicht nehmen lassen sollte. Sie bedürfen keiner besonderen Protection von Oben, würden sich auch gegen eine solche behaupten und werden mit einer vernunftgemäßen Reorganisation unseres Rechtszustandes von selbst verschwinden. Sie sind eben nur Selbsthülfe im Nothstande.

**) D. h. nur in seinen größeren Partien skizzirt. Nur die Gruppen der Rechtsverhältnisse müssen aufgestellt und in ihrem Wesen definirt werden, damit für No. 5 — die Hauptsache — der gehörige Raum bleibt. —

Damit fällt auch der an sich eben so nationale als praktische Grund weg, den die Englischen Richter gegen die Codification des Englischen Rechts gerade jetzt vorgebracht haben: „es trete ein Gesetzbuch der Findung, d. h. Machung des Rechts für den einzelnen Fall, entgegen." Jene größeren Gruppen von Rechtsverhältnissen, die Rechtsinstitute bleiben für lange Jahrhunderte dieselben, wenn sie nur vom Gesetzgeber wahrhaft nationell erfaßt werden. Ist aber der Rahmen des Bildes nur weit genug, so findet das Lebensbild mit allen seinen feinsten Zügen darin Platz genug.

„Gesetzgebung noch nicht reif," ist gedankenloser, als irgend ein anderes; denn es führt mit Nothwendigkeit dahin, den jetzigen Zustand in alle Ewigkeit währen zu lassen. Oder wer wäre eitel genug, zu behaupten, er habe jetzt die höchste Höhe der Kenntnisse und Fähigkeiten erstiegen, so daß keine Zeit kommen könnte, die es noch besser machen könnte! Wer stände nicht auf den Schultern Anderer und trüge nicht ein nachkommendes Geschlecht auf seinen Schultern!

Jede Zeit hat für ihre Ansichten und Bedürfnisse auch die (relative) Kraft, Gesetze zu geben und den Schöpfungen keiner Zeit wird der Stempel ihrer Schwächen fehlen. Ich behaupte, unserer Zeit fehlt nicht der Beruf zur Gesetzgebung, wohl aber den Römischrechtlich verknöcherten Individuen, die eine ungesunde Regierungs-Epoche der Nation in den letzten Jahrhunderten zu Gesetzgebern aufgedrängt hat.

Ich sehe voraus und wünsche, daß dieß mein Votum in derselben Art, wie Kirchmann's Schrift, von der „unnahbaren" s. g. echten, richtiger todten Buchstaben-Wissenschaft (wenn nicht stolz ignorirt) auf's Heftigste verketzert werden wird; aber eben so bin ich überzeugt, daß Hunderttausende, und abermals Hunderttausende, die sich nicht in das Römische Recht als theoretische Rechtskünstler verrannt, sondern nur dessen Anwendung auf Deutsche Verhältnisse erfahren, vielleicht den Stachel im eigenen Fleische gefühlt haben — und wohl nicht die Schlechtesten unter uns — das Vorstehende als einen berechtigten Stoßseufzer des Deutschen Volkes ansehen und zu würdigen wissen werden.*)

*) Der Titel dieser Schrift ist zu weit, weil unter „Recht" nur das Civilrecht verstanden ist, der Kürze wegen aber so gewählt. Wenn Zeit und Umstände es gestatten, folgt vielleicht ein 2tes Heft, was in derselben Weise denselben Conflict hinsichtlich des Criminalrechts darstellen wird, nach.

Gesetzgebung noch nicht reif," ist gedankenloser, als irgend ein anderes; denn es führt mit Nothwendigkeit dahin, den jetzigen Zustand in alle Ewigkeit währen zu lassen. Oder wer wäre eitel genug, zu behaupten, er habe jetzt die höchste Höhe der Kenntnisse und Fähigkeiten erstiegen, so daß keine Zeit kommen könnte, die es noch besser machen könnte! Wer stände nicht auf den Schultern Anderer und trüge nicht ein nachkommendes Geschlecht auf seinen Schultern!

Jede Zeit hat für ihre Ansichten und Bedürfnisse auch die (relative) Kraft, Gesetze zu geben und den Schöpfungen keiner Zeit wird der Stempel ihrer Schwächen fehlen. Ich behaupte, unserer Zeit fehlt nicht der Beruf zur Gesetzgebung, wohl aber den Römischrechtlich verknöcherten Individuen, die eine ungesunde Regierungs-Epoche der Nation in den letzten Jahrhunderten zu Gesetzgebern aufgedrängt hat.

Ich sehe voraus und wünsche, daß dieß mein Votum in derselben Art, wie Kirchmann's Schrift, von der „unnahbaren" s. g. echten, richtiger todten Buchstaben-Wissenschaft (wenn nicht stolz ignorirt) auf's Heftigste verketzert werden wird; aber eben so bin ich überzeugt, daß Hunderttausende, und abermals Hunderttausende, die sich nicht in das Römische Recht als theoretische Rechtskünstler verrannt, sondern nur dessen Anwendung auf Deutsche Verhältnisse erfahren, vielleicht den Stachel im eigenen Fleische gefühlt haben — und wohl nicht die Schlechtesten unter uns — das Vorstehende als einen berechtigten Stoßseufzer des Deutschen Volkes ansehen und zu würdigen wissen werden.*)

*) Der Titel dieser Schrift ist zu weit, weil unter „Recht" nur das Civilrecht verstanden ist, der Kürze wegen aber so gewählt. Wenn Zeit und Umstände es gestatten, folgt vielleicht ein 2tes Heft, was in derselben Weise denselben Conflict hinsichtlich des Criminalrechts darstellen wird, nach.

Gesetzgebung noch nicht reif," ist gedankenloser, als irgend ein anderes; denn es führt mit Nothwendigkeit dahin, den jetzigen Zustand in alle Ewigkeit währen zu lassen. Oder wer wäre eitel genug, zu behaupten, er habe jetzt die höchste Höhe der Kenntnisse und Fähigkeiten erstiegen, so daß keine Zeit kommen könnte, die es noch besser machen könnte! Wer stände nicht auf den Schultern Anderer und trüge nicht ein nachkommendes Geschlecht auf seinen Schultern!

Jede Zeit hat für ihre Ansichten und Bedürfnisse auch die (relative) Kraft, Gesetze zu geben und den Schöpfungen keiner Zeit wird der Stempel ihrer Schwächen fehlen. Ich behaupte, unserer Zeit fehlt nicht der Beruf zur Gesetzgebung, wohl aber den Römischrechtlich verknöcherten Individuen, die eine ungesunde Regierungs-Epoche der Nation in den letzten Jahrhunderten zu Gesetzgebern aufgedrängt hat.

Ich sehe voraus und wünsche, daß dieß mein Votum in derselben Art, wie Kirchmann's Schrift, von der „unnahbaren" s. g. echten, richtiger todten Buchstaben-Wissenschaft (wenn nicht stolz ignorirt) auf's Heftigste verketzert werden wird; aber eben so bin ich überzeugt, daß Hunderttausende, und abermals Hunderttausende, die sich nicht in das Römische Recht als theoretische Rechtskünstler verrannt, sondern nur dessen Anwendung auf Deutsche Verhältnisse erfahren, vielleicht den Stachel im eigenen Fleische gefühlt haben — und wohl nicht die Schlechtesten unter uns — das Vorstehende als einen berechtigten Stoßseufzer des Deutschen Volkes ansehen und zu würdigen wissen werden.*)

*) Der Titel dieser Schrift ist zu weit, weil unter „Recht" nur das Civilrecht verstanden ist, der Kürze wegen aber so gewählt. Wenn Zeit und Umstände es gestatten, folgt vielleicht ein 2tes Heft, was in derselben Weise denselben Conflict hinsichtlich des Criminalrechts darstellen wird, nach.

Gesetzgebung noch nicht reif," ist gedankenloser, als irgend ein anderes; denn es führt mit Nothwendigkeit dahin, den jetzigen Zustand in alle Ewigkeit währen zu lassen. Oder wer wäre eitel genug, zu behaupten, er habe jetzt die höchste Höhe der Kenntnisse und Fähigkeiten erstiegen, so daß keine Zeit kommen könnte, die es noch besser machen könnte! Wer stände nicht auf den Schultern Anderer und trüge nicht ein nachkommendes Geschlecht auf seinen Schultern!

Jede Zeit hat für ihre Ansichten und Bedürfnisse auch die (relative) Kraft, Gesetze zu geben und den Schöpfungen keiner Zeit wird der Stempel ihrer Schwächen fehlen. Ich behaupte, unserer Zeit fehlt nicht der Beruf zur Gesetzgebung, wohl aber den Römischrechtlich verknöcherten Individuen, die eine ungesunde Regierungs-Epoche der Nation in den letzten Jahrhunderten zu Gesetzgebern aufgedrängt hat.

Ich sehe voraus und wünsche, daß dieß mein Votum in derselben Art, wie Kirchmann's Schrift, von der „unnahbaren" s. g. echten, richtiger todten Buchstaben-Wissenschaft (wenn nicht stolz ignorirt) auf's Heftigste verketzert werden wird; aber eben so bin ich überzeugt, daß Hunderttausende, und abermals Hunderttausende, die sich nicht in das Römische Recht als theoretische Rechtskünstler verrannt, sondern nur dessen Anwendung auf Deutsche Verhältnisse erfahren, vielleicht den Stachel im eigenen Fleische gefühlt haben — und wohl nicht die Schlechtesten unter uns — das Vorstehende als einen berechtigten Stoßseufzer des Deutschen Volkes ansehen und zu würdigen wissen werden.*)

*) Der Titel dieser Schrift ist zu weit, weil unter „Recht" nur das Civilrecht verstanden ist, der Kürze wegen aber so gewählt. Wenn Zeit und Umstände es gestatten, folgt vielleicht ein 2tes Heft, was in derselben Weise denselben Conflict hinsichtlich des Criminalrechts darstellen wird, nach.

„Gesetzgebung noch nicht reif," ist gedankenloser, als irgend ein anderes; denn es führt mit Nothwendigkeit dahin, den jetzigen Zustand in alle Ewigkeit währen zu lassen. Oder wer wäre eitel genug, zu behaupten, er habe jetzt die höchste Höhe der Kenntnisse und Fähigkeiten erstiegen, so daß keine Zeit kommen könnte, die es noch besser machen könnte! Wer stände nicht auf den Schultern Anderer und trüge nicht ein nachkommendes Geschlecht auf seinen Schultern!

Jede Zeit hat für ihre Ansichten und Bedürfnisse auch die (relative) Kraft, Gesetze zu geben und den Schöpfungen keiner Zeit wird der Stempel ihrer Schwächen fehlen. Ich behaupte, unserer Zeit fehlt nicht der Beruf zur Gesetzgebung, wohl aber den Römischrechtlich verknöcherten Individuen, die eine ungesunde Regierungs-Epoche der Nation in den letzten Jahrhunderten zu Gesetzgebern aufgedrängt hat.

Ich sehe voraus und wünsche, daß dieß mein Votum in derselben Art, wie Kirchmann's Schrift, von der „unnahbaren" s. g. echten, richtiger todten Buchstaben-Wissenschaft (wenn nicht stolz ignorirt) auf's Heftigste verketzert werden wird; aber eben so bin ich überzeugt, daß Hunderttausende, und abermals Hunderttausende, die sich nicht in das Römische Recht als theoretische Rechtskünstler verrannt, sondern nur dessen Anwendung auf Deutsche Verhältnisse erfahren, vielleicht den Stachel im eigenen Fleische gefühlt haben — und wohl nicht die Schlechtesten unter uns — das Vorstehende als einen berechtigten Stoßseufzer des Deutschen Volkes ansehen und zu würdigen wissen werden.*)

*) Der Titel dieser Schrift ist zu weit, weil unter „Recht" nur das Civilrecht verstanden ist, der Kürze wegen aber so gewählt. Wenn Zeit und Umstände es gestatten, folgt vielleicht ein 2tes Heft, was in derselben Weise denselben Conflict hinsichtlich des Criminalrechts darstellen wird, nach.

„Gesetzgebung noch nicht reif," ist gedankenloser, als irgend ein anderes; denn es führt mit Nothwendigkeit dahin, den jetzigen Zustand in alle Ewigkeit währen zu lassen. Oder wer wäre eitel genug, zu behaupten, er habe jetzt die höchste Höhe der Kenntnisse und Fähigkeiten erstiegen, so daß keine Zeit kommen könnte, die es noch besser machen könnte! Wer stände nicht auf den Schultern Anderer und trüge nicht ein nachkommendes Geschlecht auf seinen Schultern!

Jede Zeit hat für ihre Ansichten und Bedürfnisse auch die (relative) Kraft, Gesetze zu geben und den Schöpfungen keiner Zeit wird der Stempel ihrer Schwächen fehlen. Ich behaupte, unserer Zeit fehlt nicht der Beruf zur Gesetzgebung, wohl aber den Römischrechtlich verknöcherten Individuen, die eine ungesunde Regierungs-Epoche der Nation in den letzten Jahrhunderten zu Gesetzgebern aufgedrängt hat.

Ich sehe voraus und wünsche, daß dieß mein Votum in derselben Art, wie Kirchmann's Schrift, von der „unnahbaren" s. g. echten, richtiger todten Buchstaben-Wissenschaft (wenn nicht stolz ignorirt) auf's Heftigste verketzert werden wird; aber eben so bin ich überzeugt, daß Hunderttausende, und abermals Hunderttausende, die sich nicht in das Römische Recht als theoretische Rechtskünstler verrannt, sondern nur dessen Anwendung auf Deutsche Verhältnisse erfahren, vielleicht den Stachel im eigenen Fleische gefühlt haben — und wohl nicht die Schlechtesten unter uns — das Vorstehende als einen berechtigten Stoßseufzer des Deutschen Volkes ansehen und zu würdigen wissen werden.*)

*) Der Titel dieser Schrift ist zu weit, weil unter „Recht" nur das Civilrecht verstanden ist, der Kürze wegen aber so gewählt. Wenn Zeit und Umstände es gestatten, folgt vielleicht ein 2tes Heft, was in derselben Weise denselben Conflict hinsichtlich des Criminalrechts darstellen wird, nach.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Götting, Carl,

Recht, Leben und Wissenschaft für Gebildete aller Stände

Bd.: 1

Hildesheim 1861
Pol.g. 367 re-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10769222-6